

An die
Telekom-Control-Kommission
Mariahilferstraße 77-79
1060 Wien

E-Mail: konsultationen@rtr.at

Wien, am 16. August 2022

STELLUNGNAHME DER ISPA IM RAHMEN DER ÖFFENTLICHEN KONSULTATION EINES ENTWURFS EINER VOLLZIEHUNGSHANDLUNG ZU M 1.1/20

Sehr geehrte Damen und Herren,

Die ISPA erlaubt sich, im Zusammenhang mit der öffentlichen Konsultation der Telekom-Control-Kommission hinsichtlich des Entwurfs einer Vollziehungshandlung zu M 1.1/20 wie folgt Stellung zu nehmen.

Einleitend möchte die ISPA darauf hinweisen, dass sie die Kritikpunkte aus den drei bereits eingebrachten Stellungnahmen (ON 27, ON 69, ON 76) weiterhin aufrechterhält. Darüber hinaus möchte die ISPA die Gelegenheit nutzen, um einen Teil dieser Punkte erneut aufzugreifen und speziell auf die von der TKK durchgeführte Würdigung dieser Kritikpunkte im Rahmen des vorliegenden Bescheidentwurfs einzugehen.

1. Zur Prüfung der in das Verfahren eingebrachten Verträge im Rahmen des Drei-Kriterien-Tests

Die ISPA möchte nochmals den von der Regulierungsbehörde gewählten Ansatz, die von A1TA vorgelegten Verträge vULL 2.0 und VHCN im Rahmen des Drei-Kriterien-Tests zu beurteilen, in Frage stellen. Dem umfangreichen bisherigen Vorbringen der ISPA zu diesem Punkt wird von der Regulierungsbehörde im Rahmen der Beweiswürdigung unter Punkt 3.1.2.11. lediglich entgegnet, dass nach Ansicht der Regulierungsbehörde aus Erwägungsgrund 15 der EU-Märkteempfehlung 2020¹ klar hervorgehe, dass „Verträge über den Zugang dazu führen können, dass wettbewerbsrechtliche Bedenken auf dem entsprechenden Endkundenmarkt ausgeräumt werden, was wiederum zu einer Deregulierung der Vorleistungsmärkte führen kann.“ Entscheidend sei dabei aus Sicht der Telekom-Control-Kommission nicht die Motivation der Unterzeichner, sondern die

¹ Empfehlung (EU) 2020/2245 der Kommission vom 18. Dezember 2020 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die gemäß der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation für eine Vorabregulierung in Betracht kommen

Frage, ob mit den vorgelegten Verträgen von effektivem Wettbewerb auf den nachgelagerten Endkundenmärkten ausgegangen werden kann.

Diesem Ansatz, wonach das Zustandekommen der Verträge keine Rolle spielen möchte die ISPA erneut widersprechen. Selbstverständlich kommt es bei der Betrachtung entsprechender Vereinbarungen auch darauf an, ob diese unter der „Drohkulissee“ anstehender Regulierungsaufgaben geschlossen wurden. Nochmals möchte die ISPA in diesem Zusammenhang auf Erwägungsgrund 170 des Europäischen Kodex für die Elektronische Kommunikation (EECC)² verweisen, der die Frage der Berücksichtigung kommerzieller Vereinbarungen detaillierter behandelt als ErwGr 15 der EU-Märkteempfehlung. Demnach können kommerzielle Vereinbarungen über den Zugang zwischen Betreibern, sofern sie sich als „nachhaltig erweisen und die Wettbewerbsdynamik verbessern“, zwar die Schlussfolgerung stützen, dass auf einem bestimmten Vorleistungsmarkt keine Vorabregulierung erforderlich ist. Bei der Analyse solcher Vereinbarungen sollte die nationale Regulierungsbehörde jedoch berücksichtigen, dass in manchen Fällen auch „die Aussicht auf Regulierung Netzeigentümer dazu bewegen kann, in kommerzielle Verhandlungen zu treten“ – und sie daher kein Zeichen für effektiven Wettbewerb sind. ErwGr 15 der EU-Märkteempfehlung ist daher jedenfalls im Lichte von ErwGr 170 EECC auszulegen, da der EECC gegenüber der EU-Märkteempfehlung die höhere Rechtsnorm darstellt. Daraus folgt im Ergebnis, dass entsprechende kommerzielle Vereinbarungen zwar zur Beurteilung der Wettbewerbsdynamik beitragen können, es jedoch gerade nicht nur darauf ankommt, ob kommerzielle Vereinbarungen im Ergebnis in etwa die gleichen Konditionen bieten wie die angedachten ex-ante Regulierungsaufgaben, sondern auch, wie die Verträge zustande gekommen sind.

Auch die deutsche Regulierungsbehörde Bundesnetzagentur (BNetzA) geht in ihrer aktuellen „Festlegung für den Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang“ davon aus, dass kommerzielle Vereinbarungen, die während aufrechter Regulierungsmaßnahmen geschlossen werden, grundsätzlich nicht für eine Tendenz zu effektivem Wettbewerb sprechen. Denn es sei nicht davon auszugehen, dass ohne eine entsprechende regulatorische Drohkulisse eine Bereitstellung freiwilliger Zugangsangebote zu wettbewerbslichen Konditionen erfolgen würde.³ Daher haben auch die zwischen der Deutschen Telekom und den vier größten Zugangsnachfragern abgeschlossenen „Commitment-Verträge“, die ebenfalls eine außerhalb der regulatorischen Aufgaben erfolgte privatrechtliche Einigung über den Zugang zur Netzinfrastruktur des marktmächtigen Unternehmens darstellen, nicht zu einer gänzlichen Aufhebung der ex-ante Regulierungsaufgaben der Deutschen Telekom geführt. Vielmehr prüft die Bundesnetzagentur, inwiefern bestimmte Regulierungsaufgaben aufgrund der Commitment-Verträge entfallen können.⁴ Auch die niederländische Regulierungsbehörde ACM ist der Ansicht, dass das „freiwillige“ Angebot eines vULL-Zugangsprodukts durch den dortigen Incumbent KPN nur vor dem

² Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation

³ Bundesnetzagentur, Festlegung für den Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang (August 2019) Punkt 10.2.3.4

⁴ Vgl. Bundesnetzagentur, Beschluss in dem Verwaltungsverfahren wegen Beibehaltung, Änderung, Auferlegung und Widerrufs von Verpflichtungen auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen (Konsolidierungsentwurf) (Juni 2022) Pkt 4.

Hintergrund der regulatorischen Drohkulisse erfolgt und daher in einer modifizierten Greenfield-Betrachtung von diesem zu abstrahieren sei.⁵

Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die österreichische Regulierungsbehörde, basierend auf den gleichen EU-Rechtsgrundlagen, zu einem gänzlich anderen Ergebnis kommt und sich nicht eingehender mit dieser für das gesamte Verfahren grundlegenden Frage auseinandersetzt. Im Einklang mit der Sichtweise der BNetzA ist davon auszugehen, dass mit Art. 79 EECC ein eigenes Verfahren zur verstärkten Berücksichtigung derartiger kommerzieller Vereinbarungen bei der Auferlegung von Regulierungsaufgaben geschaffen wurde, das in Österreich in § 98 TKG umgesetzt wurde. Darüber hinaus können gemäß Art. 68 Abs. 6 EECC bzw. § 89 Abs. 4 TKG auch nicht im Verfahren für Verpflichtungszusagen verbindlich gemachte kommerzielle Vereinbarungen bei der Ausgestaltung von Regulierungsmaßnahmen berücksichtigt werden.⁶ Daher spielt es auch keine Rolle, ob A1TA die Verträge selbst als Verpflichtungszusagen gemäß § 98 TKG in das Verfahren eingebracht hat.

Die Beurteilung der eingebrachten Verträge ist insbesondere auch für die Möglichkeit zur Durchsetzung von Ansprüchen gegenüber dem marktmächtigen Unternehmen relevant. Denn gerade auch in diesem Punkt bieten die kommerziellen Vereinbarungen in der Regel keinen gleichwertigen Ersatz zur Sicherstellung von effektivem Wettbewerb. Auch nach Ansicht der BNetzA verfügen Vorleistungsbezieher in rein privatrechtlich geregelten Verträgen nicht über die gleichen Möglichkeiten, Änderungswünsche in Verhandlungen mit dem marktmächtigen Unternehmen voranzutreiben. Die Möglichkeit einer Änderung des Standardangebots ist insofern – zumindest, wenn für das marktmächtige Unternehmen nicht die Gefahr regulatorischer Anordnungen besteht – nicht gleich effizient.⁷

Die gleichen Argumente treffen auch auf die von A1TA eingebrachten Verträge zu. Dem Argument, dass A1TA bereits aufgrund der drohenden Wiederauferlegung von ex-ante Regulierungsmaßnahmen dazu angehalten ist, sich vertragskonform zu verhalten bzw. dort wo notwendig auch über Vertragsänderungen zu verhandeln, muss daher widersprochen werden. Denn die drohende Wiedereinführung von ex-ante Regulierungsaufgaben würde erst nach einem neuerlichen Marktanalyseverfahren und damit mit erheblicher zeitlicher Verzögerung erfolgen. Gerade die Gewährung eines effektiven und schnellen Rechtsschutzes ist aber einer der Gründe für die Auferlegung von ex-ante Regulierungsmaßnahmen, und dafür, dass reine ex-post Eingriffe durch das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht ausreichen.

Kommerzielle Vereinbarungen, wie jene die von A1TA in das Verfahren eingebracht wurden, können somit zwar zur Abänderung oder Aufhebung einzelner Regulierungsaufgaben führen, ändern jedoch nichts an der Regulierungsrelevanz der unter Punkt 4.4.1. definierten Märkte und damit am Ergebnis des Drei-Kriterien-Tests, insbesondere des zweiten und dritten Kriteriums unter Punkt 4.4.2. des vorliegenden Bescheidentwurfs. Die ISPA fordert die Behörde daher erneut dazu auf, die Verträge nach dem geeigneten Verfahren in § 89 Abs. 4 bzw. 98 TKG zu prüfen. Hierbei spielt es auch keine

⁵ Vgl. Autoriteit Consument & Markt, Marktanalysebesluit Wholesale Fixed Access ACM/UIT/497850 (Juli 2018) Rz, 18, 288.

⁶ Vgl. Bundesnetzagentur (Fn 3) Punkt 4.1.2.4.

⁷ Vgl. ibid. Punkt 4.1.2.

Rolle, dass sich der Vertrag nicht nur auf das ursprünglich als regulierungsbedürftig eingestufte Gebiet bezieht. Denn § 89 Abs. 4 bzw. 98 TKG verlangen lediglich, dass sich die Verpflichtungszusagen (auch) auf den relevanten Markt beziehen. Es bestehen jedoch keine Vorgaben, wonach sich diese Verpflichtungszusagen nicht auch auf nicht von der Marktdefinition erfasste Infrastruktur beziehen können.

2. Zur Aufrechterhaltung des bundesweiten Zugangs zur Infrastruktur der A1TA

Im Rahmen der Gesamtbeurteilung von vULL 2.0 unter Pkt. 2.4.1.16 führt die Behörde zum Ausgleich der im Vergleich zu den im Gutachten vom 08.03.2021 angedachten Regulierungsmaßnahmen schlechteren Konditionen (z.B. einem nachteiligen Anpassungsmechanismus, höheren Entgelten für symmetrischen Bandbreiten oder einem niedrigeren Ersatz der Kollokationsrückbaukosten) den bundesweiten Anwendungsbereich des Angebots ins Treffen. Die Behörde geht davon aus, es sei unwahrscheinlich, dass A1TA im nicht regulierungsbedürftigen Gebiet 1 Zugang zu den Bedingungen der vULL 2.0 anbieten würde, sofern sie gleichzeitig in Gebiet 2 zu den Zugangskonditionen aus dem Gutachten vom 08. 03. 2021 verpflichtet werden würde. Vielmehr sei nach Ansicht der Behörde davon auszugehen, dass A1TA im Fall von Regulierungsauflagen für Gebiet 2 in Gebiet 1 erheblich höhere Vorleistungspreise anbieten würde als jene in vULL 2.0. Diese Behauptung wird jedoch nicht weiter substantiiert, obgleich es sich hierbei um ein wesentliches Argument im Rahmen Gesamtbeurteilung von vULL 2.0 handelt.

Wie bereits im Rahmen der ISPA Stellungnahme vom 25. 04. 2022 im Detail ausgeführt, ist diese Annahme nicht nachvollziehbar. Vielmehr ist davon auszugehen, dass A1TA selbst ein wirtschaftliches Interesse an einem Vorleistungsangebot in Gebiet 1 hat, auch wenn sie hierzu nicht mehr regulatorisch verpflichtet wäre. Unter anderem auch aus diesem Grund hat sich A1TA dazu entschlossen, ein bundesweites, vULL 2.0 Angebot zu verfassen. Hätte A1TA selbst kein Interesse an diesem Vorleistungsmarkt, hätte sie sich auf ein Vorleistungsangebot in dem von den Amtsgutachtern als regulierungsbedürftig eingestuften Gebiet 2 bzw. dem bundesweiten Markt für Geschäftskundenprodukte beschränken können. Es ist nicht anzunehmen, dass A1TA Zugang ihrer Infrastruktur in Gebiet 1 lediglich zum Wohlgefallen der alternativen Anbieter ermöglicht. Dieses Interesse ist auch klar wirtschaftlich begründbar. Denn würde A1TA ihre Vorleistungsprodukte in diesem Gebiet einstellen ist gerade nicht davon auszugehen, dass sämtliche Endkunden der Vorleistungsbezieher nach Aufkündigung der Verträge zu A1TA wechseln würden. Vielmehr ist anzunehmen, dass in Gebiet 1 ein erheblicher Teil der Endkunden zu einem der alternativen Anbieter mit eigener Infrastruktur wechseln würde. Um daher auch am Umsatz jener Kunden beteiligt zu sein, die aus verschiedenen Gründen nicht zu A1TA wechseln würden, ist eine Aufrechterhaltung der Vorleistungsprodukte naheliegend.

Hinsichtlich der Vorleistungspreise müsste sich A1TA in weiterer Folge an den Marktpreisen und damit auch an jenen Vorleistungspreisen orientieren, welche im Gutachten vom 08. 03. 2021 für Gebiet 2 festgelegt wurden. Zumindest aber würde A1TA jene Konditionen anbieten müssen, die auch in vULL 2.0 festgelegt wurden. Andernfalls würde das Angebot sämtliche Attraktivität verlieren

da ein Vorleistungsbezieher darauf basierend keine kompetitiven Endkundenpreise mehr anbieten könnte. Die Folge wäre die gleiche, wie wenn das Angebot zur Gänze eingestellt wird, da auch in diesem Fall die Endkunden des Vorleistungsbeziehers kündigen würden.

Darüber hinaus geht die Behörde ohnehin in Punkt 2.4.1.9 davon aus, dass die Entgeltkonditionen für Neukunden in vULL 2.0 sogar günstiger sind als jene, die nach den Regulierungsaufgaben aus dem Gutachten vom 08. 03. 2021 möglich wären. Unter dieser Annahme erscheint es aber umso mehr fragwürdig, wieso A1TA im Fall von Regulierungsaufgaben für Gebiet 2 in Gebiet 1 erheblich höhere Vorleistungspreise anbieten würde als jene in vULL 2.0. Denn unter dieser Annahme stellen die Regulierungsaufgaben für Gebiet 2 für A1TA ohnehin keine Schlechterstellung gegenüber den Konditionen in vULL 2.0 dar.

Selbstverständlich wird die Aufrechterhaltung eines bundesweiten Angebots von Seiten A1TA in Frage gestellt und höhere Vorleistungspreise für Gebiet 1 oder sogar eine Einstellung der Vorleistung in diesem Gebiet in Aussicht gestellt. Damit soll jedoch lediglich der Wegfall der bundesweiten Regulierung erreicht werden. Die ISPA fordert die Regulierungsbehörde daher dazu auf, den Mehrwert des bundesweiten Anwendungsbereichs neu zu evaluieren und dabei vor allem auf wirtschaftliche Anreize und nicht auf Ankündigungen des marktbeherrschenden Unternehmens einzugehen, das naturgemäß den bundesweiten Anwendungsbereich als Vorteil hervorhebt. Zumindest ersucht die ISPA jedoch die Behörde, im Rahmen der Beweiswürdigung darzulegen, weshalb eine konträre Annahme gegenüber den obigen Ausführungen getroffen wird.

3. Zur Gewährleistung von Margin-Squeeze freien Entgelten

Bislang musste A1TA aufgrund der bestehenden regulatorischen Vorgaben aus den Regulierungsbescheiden M 1.5/15 und M 1.6/15 bei sämtlichen Retail-Produkten einen bestimmten Mindestabstand zwischen Vorleistungspreis und Retail-Preis gewährleisten. Preisänderungen auf der Endkundenebene haben daher bislang auch gleichzeitig Änderungen des Entgelts auf der Vorleistungsebene nach sich zu ziehen, um das Entstehen eines Margin Squeeze zu verhindern, sollten die A1 Endkundenentgelte gesenkt werden.⁸

Diese flexible Gewährleistung von Margin-Squeeze freien Vorleistungspreisen über alle Produkte hinweg stellt einen der wichtigsten Eckpfeiler in der ex-ante Regulierung dar und verhindert, dass ein marktmächtiges Unternehmen aufgrund von aggressiver Preisgestaltung Vorleistungsbezieher trotz Zugangsgewährung vom Markt verdrängen kann. Werden daher die Retail-Entgelte etwa aufgrund von Aktionsangeboten gesenkt, müssen auch die Vorleistungsentgelte entsprechend abgesenkt werden. Dies führt bislang dazu, dass aufgrund der regionalen Aktionsangebote von A1TA auch die Vorleistungsentgelte regional unterschiedlich ausfallen können.

Demgegenüber werden im Rahmen des vULL 2.0 Vertrags ausschließlich national einheitliche Vorleistungsentgelte festgelegt, die grundsätzlich nur einmal pro Jahr, anhand des von A1TA berechneten „Neukundenpreisindex“, angepasst werden. Der Umstand, dass dadurch bundesweit

⁸ Vgl. Telekom-Control-Kommission, 24.07.2017, M 1.5/15-115 Pkt 2.5.3.4.3

einheitliche Vorleistungspreise angeboten werden wird von der Regulierungsbehörde auch als Vorteil hervorgehoben, obwohl für viele Vorleistungsbezieher regional unterschiedliche Vorleistungsentgelte aufgrund der zahlreichen regionalen Open-Access-Netze ohnehin bereits zum wirtschaftlichen Alltag gehören. Zudem wird nicht bedacht, dass die bundesweit einheitliche und in größeren Abständen erfolgende Entgeltanpassung im Einzelfall erhebliche nachteilige Auswirkungen für die Vorleistungsbezieher haben kann, da die Gewährleistung von Margin-Squeeze freien Entgelten erheblich beeinträchtigt wird.

Wie bereits in Punkt 3.1. der ISPA Stellungnahme vom 25.04.2022 ausgeführt, hat die bundesweit einheitliche Berechnung des Neukundenpreisindex zur Folge, dass A1TA, wenn sie selbst regionale Aktionen auf Retailebene anbietet, die Vorleistungspreise regional künftig nicht mehr entsprechend anpassen müsste. Ein Vorleistungsbezieher, der nur oder hauptsächlich in diesen Aktionsgebieten wirtschaftlich tätig ist, wäre dann nicht mehr dazu in der Lage, die Endkundenpreise der A1TA ohne Margin-Squeeze nachzubilden. Daran ändert auch die Sicherstellung eines Minimalabstands von 25 % (Kontrollebene 3) nichts, da dieser Mindestabstand lediglich der Deckung der variablen Kosten dient und weit unter den angedachten Mindestabschlägen aus dem Gutachten vom 08.03.2021 liegt, welchen die Gutachter selbst als Minimalabstand für die Gewährleistung von Margin-Squeeze freien Vorleistungsentgelten festgelegt haben. Einen Ausgleich der Preisdifferenzen über verschiedene Regionen hinweg gibt es für die allermeisten Anbieter gerade nicht, da diese nur in einzelnen Regionen aktiv sind und daher darauf angewiesen sind, lokale Aktionsangebote von A1TA nachbilden zu können.

Darüber hinaus stellt auch die erhebliche Verzögerung, mit der auf Preisänderungen auf Retailebene reagiert werden muss, ein Problem dar. Senkt A1TA kurz nach dem jährlichen Stichtag am 30. September 2022 etwa seine Retail-Preise, wird diese Preissenkung erst bei der Berechnung des Neukundenpreisindex zum 30. September 2023 berücksichtigt und die Vorleistungspreise daher erst über ein Jahr später, am 1. Jänner 2024, angepasst. Dies bietet ein enorm langes Zeitfenster in dem A1TA bundesweit niedrige Retail-Preise anbieten kann, welche ein Vorleistungsbezieher nicht in der Lage ist, ohne Margin-Squeeze nachzubilden. Auch in dieser Hinsicht stellt der Anpassungsmechanismus somit keinen geeigneten Schutz vor einem Margin-Squeeze dar.

Diese beiden gravierenden Nachteile des Anpassungsmechanismus, welche dafür sorgen, dass der vULL 2.0 keine Margin-Squeeze freien Entgelte gewährleistet, werden von Seiten der Regulierungsbehörde jedoch kaum berücksichtigt:

Hinsichtlich der Gefahr, dass regionale Retail-Aktionen nicht nachgebildet werden können, erwidert die Regulierungsbehörde im Rahmen der Beweiswürdigung unter Punkt 3.1.2.13 lediglich, dass aktuell jeweils ein Abstand von mindestens 25 % zwischen regionalen Aktionsangeboten und den entsprechenden Vorleistungsentgelten gewährleistet ist. Diese Analyse verkennt jedoch zum einen, dass der im Vertrag enthaltene Mechanismus selbst Margin-Squeeze freie Vorleistungsentgelte – auch in Zukunft - gewährleisten muss, um effektiven Wettbewerb sicherzustellen und als Ersatz für Regulierungsaufgaben zu dienen. Eine Analyse basierend auf den aktuellen Entgelten ist daher unerheblich. Denn nichts hindert A1TA daran ihre Retail-Preise nach In-Kraft-Treten von vULL 2.0 in bestimmten Regionen weiter zu senken, etwa um Kunden von lokalen Kabelnetzbetreibern dazu zu gewinnen.

Darüber hinaus ist auch dem Argument, wonach der 25%-Mindestabschlag auf Kontrollebene 3 sicherstellt, dass alternative Betreiber auch bei Aktionsangeboten von A1TA zumindest ihre variablen Kosten decken können, zu entgegnen, dass die Deckung der variablen Kosten keiner Sicherstellung von Margin-Squeeze freien Entgelten entspricht. Nochmals möchte die ISPA betonen, dass der überwiegende Großteil der Vorleistungsbezieher regional tätig ist und daher in besonderem Ausmaß von regionalen Preisänderungen betroffen wäre.

Dieses Argument gilt gleichermaßen auch für das bundesweite Angebot von Endkundenprodukten mit einer Bandbreite von >330 Mbit/s downstream. Nach der im vULL 2.0-Vertrag (Anhang 3, Pkt. 14.1, S. 336) enthaltenen Regelung ist A1TA zum Angebot derartiger Profile verpflichtet, sofern diese von A1TA auf Endkundenebene angeboten werden. Obwohl A1TA endkundenseitig bereits jetzt derartige Profile anbietet, ist im aktuellen vULL 2.0 Vertrag jedoch kein entsprechendes Vorleistungsprodukte mit >330Mbit/s enthalten. Dieses müsste erst eingeführt werden, wobei sich A1TA dazu verpflichtet, die (ökonomische) Nachbildbarkeit „gemäß den allgemeinen Regeln im Rahmen der Kontrollebene 3“ sicherzustellen und daher wiederum lediglich einen 25%igen Mindestabstand zur Deckung der variablen Kosten, jedoch keinesfalls margin-squeeze-freie Entgelte zu garantieren. Dadurch könnte A1TA im Ergebnis für sämtliche Bandbreitenprofile jenseits von 330 Mbit/s downstream Vorleistungsprofile anbieten, die von Vorleistungsbeziehern nicht wirtschaftlich replizierbar sind. Dadurch wird auch die Feststellung der Behörde in Punkt 3.1.2.13, wonach derzeit bei allen Angeboten von A1TA ein Abstand von meist sehr deutlich über 25% gegeben sei, in Frage gestellt.

Auch das gravierende Argument der verzögerten Anpassung der Vorleistungsentgelte wird von der Behörde kaum aufgegriffen bzw. lediglich dem Vorteil gegenübergestellt, dass auch Preiserhöhungen auf Retailebene erst mit entsprechender Verzögerung auf Vorleistungsebene übernommen werden können. Durch diesen potenziellen Ausgleich würde aber nicht die Gefahr eines Margin-Squeeze unterbunden werden. Denn zum einen zeigt die Preisentwicklung der vergangenen Jahre deutlich, dass das Preisniveau kontinuierlich sinkt, und Preiserhöhungen daher die absolute Ausnahme darstellen.⁹ Der von der Behörde konzipierte Vorteil tritt daher äußerst seltener ein als der Nachteil durch verzögerte Preisminderungen. Zum anderen ist die Kernfunktion der Gewährleistung von Margin-Squeeze freien Entgelten gerade, dass alternative Anbieter unmittelbar dazu in der Lage sind, die Retail-Preise des marktmächtigen Unternehmens nachzubilden, ohne dabei Verluste hinnehmen bzw. auf in der Zukunft potenziell günstigere Konditionen spekulieren zu müssen. Eine Absicherung gegen einen Margin-Squeeze muss möglichst zeitnah greifen, um auch tatsächlich effektiv zu sein. Diese zeitliche Unmittelbarkeit der Maßnahmen stellt gerade eine der Kernfunktionen der ex-ante Regulierung dar, welche diese von ex-post Regulierungsmaßnahmen aufgrund des allgemeinen Wettbewerbsrechts unterscheidet. Nur wenn diese Kernaufgabe der ex-ante Regulierungsmaßnahmen aber durch den Anpassungsmechanismus in den von A1TA vorgelegten Verträgen erfüllt wird, kann davon ausgegangen werden, dass diese Verträge in gleicher Weise effektiven Wettbewerb sicherstellen. Im Übrigen erkennt die Behörde unter 3.1.2.10 auch an, dass die Reduzierung der unterjährigen Preisanpassungen in erster Linie einen Vorteil für A1TA darstellt.

⁹ Vgl RTR Internetmonitor 2020, Kapitel 4

Da es sich bei der Gewährleistung von Margin-Squeeze freien Entgelten folglich um eine Kernaufgabe der bisherigen ex-ante Regulierung handelt ersucht die ISPA die Behörde dringend die angedachten Anpassungsmechanismus in den vorgelegten Verträgen nochmals unter Berücksichtigung dieser Kritikpunkte zu evaluieren.

4. Zur Höhe der Vorleistungsentgelte für symmetrische Bandbreiten

Die Behörde kommt in Punkt 2.4.1.11 zu dem Ergebnis, dass es bei den Vorleistungsentgelten für symmetrische Bandbreiten zu einer deutlichen Erhöhung im Vergleich zu den Entgelten laut Gutachten vom 08.03.2021 kommen würde. Diese Bedenken, die auch von zahlreichen Verfahrensparteien vorgebracht wurden, werden von der Behörde jedoch dadurch entkräftet, dass die Entgelte zumindest gegenüber den aktuell zur Verrechnung gelangten Entgelten für symmetrische Bandbreiten sinken. Mit diesem Vergleich widerspricht die Behörde jedoch ihrem eigenen, in Punkt 2.4.1.9 gewählten Ansatz, die Vorleistungsentgelte in vULL 2.0 mit jenen Entgelten zu vergleichen, die basierend auf den Ergebnissen des Gutachtens vom 08.03.2021 zur Anwendung kämen. Es erscheint gänzlich unbegründet, bei symmetrischen Bandbreiten einen Vergleich mit den aktuellen Konditionen und bei asymmetrischen Bandbreiten einen Vergleich mit den Entgelten basierend auf dem Gutachten vom 08.03.2021 vorzunehmen.

Auch dem Argument, dass symmetrische Bandbreiten lediglich 1 % der aktuellen vULL-Anschlüsse ausmachen und daher vernachlässigbar sind, muss entgegengehalten werden, dass gerade am Geschäftskundenmarkt – der nach Ansicht der Gutachter vom 08. 03. 2021 aufgrund fehlender Wettbewerbsdynamik einer bundesweiten Regulierung bedarf – symmetrische Bandbreiten eine große Bedeutung haben. Einer der Hauptgründe dafür, dass zahlreiche Anbieter für Geschäftskundenprodukte aktuell auch auf asymmetrische Bandbreitenprofile zurückgreifen und dafür auch zusätzliche Kosten durch das notwendige Bandbreiten-Shaping in Kauf nehmen, sind die exzessiven Vorleistungsentgelte welche A1TA für symmetrische Bandbreiten bislang verrechnen konnte. Wie auch die Amtsgutachter in Punkt 5.2.2 des Gutachtens vom 08.03.2021 selbst feststellen lag dies bislang daran, dass es hier weniger Preisdruck durch Kabelnetze und Mobilfunknetze gibt, und A1TA daher die Preise mehr oder weniger frei gestalten konnte. Gerade diesem Aspekt sollte jedoch durch Festsetzung von kostenorientierten Entgelten im Gutachten vom 08. 03. 2021 entgegengewirkt werden. Im Übrigen ist noch darauf hinzuweisen, dass der Verweis der Regulierungsbehörde auf Punkt 4.3.6 des Gutachtens vom 08. 03. 2021 keinen Nachweis darüber gibt, dass „asymmetrische Anschlüsse entsprechend den BAF-Daten auch im Geschäftskundenbereich die deutliche Mehrheit ausmachen“, da dieser Punkt lediglich Ausführungen zur vertikalen Integration beinhaltet.

5. Zur Bestandskunden-Freeze Regelung

Wie bereits in Punkt 3.5. unserer Stellungnahme vom 25.04.2022 detailliert ausgeführt, kann die Regelung zum Bestandskunden-Freeze nicht die von der Behörde unter Punkt 2.4.1.8 des vorliegenden Bescheidentwurfs festgestellten Bedenken, in Bezug auf die nachteiligen

Auswirkungen auf Bestandskunden, entkräften. Denn in ihrer derzeitigen Ausführung wäre ein Vorleistungsbezieher sehr wohl mit zusätzlichen Kosten auch für Bestandskunden konfrontiert, welche er entweder übernehmen oder aber an den Kunden weiterverrechnen müsste, der dann jedoch ein außerordentliches Kündigungsrecht hätte.

Zum einen entstehen zusätzliche Kosten, da die Migration eines „eingefrorenen“ Bestandskunden auf vULL 2.0 wie ein Anbieterwechsel behandelt wird. Daher verrechnet A1TA in jedem Fall ein Herstellungsentgelt iHv EUR 41,58,-. Bereits der Umstand, dass von Seiten A1TA's für sämtliche „eingefrorene“ Bestandskunden ein zusätzliches Entgelt verrechnet wird, widerspricht dem Grundgedanken, dass es zu keinen zusätzlichen Kosten für Bestandskunden kommen soll. Dass der Vorleistungsbezieher für sämtliche der Bestandskunden in der Vergangenheit ohnehin bereits ein Herstellungsentgelt bezahlt hat und es somit zu einer Doppelverrechnung kommen würde, kommt erschwerend hinzu. Im Übrigen erscheint auch die Höhe des Entgelts angesichts des Aufwands der A1TA im Zuge des Wechsels auf vULL 2.0 entsteht absolut überschießend.

Darüber hinaus besteht das Problem, dass Vorleistungsbezieher sich in einigen Situationen, insbesondere bei der Inanspruchnahme von Aktionsangeboten oder bei Bezug von Vorleistungsprodukten in Verbindung mit A1-Premiummodem, zu einer bestimmten Vertragslaufzeit (idR zwei Jahre) verpflichten müssen. Ist bei einem solchen Kunden eine Migration auf vULL 2.0 notwendig – etwa da dieser ein Bandbreitenupgrade wünscht – müsste der Vorleistungsbezieher aufgrund der Anwendung der Regelungen zum Anbieterwechsel das Vorleistungsentgelt für die restliche Laufzeit an A1TA ausbezahlen.

Die Auseinandersetzung mit diesen Kritikpunkten in Punkt 3.1.2.14 des vorliegenden Bescheidentwurfs erscheint nach Ansicht der ISPA nicht nachvollziehbar. Zum einen wird als Gegenargument vorgebracht, der Bestandskunden-Freeze sei freiwillig. Dabei wird aber verkannt, dass damit gerade eine Lösung, für die von der Behörde selbst erkannte Problematik geschaffen werden soll, dass bei einer sofortigen Migration sämtlicher Bestandskunden auf vULL 2.0 es unmittelbar zu einer erheblichen Erhöhung der Entgelte von Bestandskunden kommen würde. Die Nicht-Inanspruchnahme der Freeze-Regelung ist daher für die allermeisten Anbieter keine Option.

Weiters führt die Behörde aus, dass „es über mehrere Jahre einen gewissen Churn gibt“ und Vorleistungsbezieher daher bei diesen Kunden ausschließlich von den niedrigeren „eingefrorenen“ Entgelten profitieren, ohne am Ende die zusätzlichen Kosten für das Herstellungsentgelt zu bezahlen. Dem ist zu entgegnen, dass der erwähnte Churn gerade im Festnetzbereich und umso mehr im Geschäftskundenbereich äußerst niedrig ist. Zudem wird bei der Anwendung des Bestandskunden-Freeze nicht nur das Vorleistungsentgelt, sondern auch die technische Umsetzung eingefroren. Das bedeutet insbesondere auch, dass die von einem Vorleistungsbezieher auf einem DSLAM genutzte Bandbreite eingefroren wird und die entsprechenden DSLAM-Managemententgelte basierend auf der eingefrorenen Bandbreite bis zum Ende des Bestandskunden-Freeze weiterhin verrechnet werden. Anders als von der Behörde angenommen, hätte ein Vorleistungsbezieher daher keinen Vorteil aus einem hohen Churn, da jene Anteile des Vorleistungsentgelts die sich aus dem DSLAM-Management-Entgelt speisen – und einen wesentlichen Anteil der Gesamtkosten ausmachen – weiterhin bezahlt werden müssen, auch wenn der Endkunde bereits gekündigt hat.

Schließlich geht auch das Argument, dass „alternative Betreiber ihre verbleibende Kundenbasis innerhalb von fünf Jahren ohnehin auf vULL 2.0 migrieren werden, um dort Skalenvorteile nutzen zu können“ am Kern der Sache vorbei. Denn diese „Skalenvorteile“ resultieren gerade aus der für den Vorleistungsbezieher ungünstigen Ausgestaltung der Freeze-Regelung wonach vULL 1.0 und vULL 2.0 Kunden auf jedem DSLAM als Kunden eines eigenständigen Anbieters betrachtet werden. Es handelt sich daher in Wahrheit um eine sukzessive erzwungene Migration auf vULL 2.0, welche wiederum zu den erwähnten Entgelterhöhungen für Bestandskunden führt, die nach Ansicht der Behörde aber gerade verhindert werden sollen.

In Summe zeigt sich daher, dass die Regelung zum Bestandskunden-Freeze gerade nicht die von der Behörde in Punkt 2.4.1.8 vorgebrachten Bedenken in Bezug auf Entgelterhöhungen für Bestandskunden entkräften kann und daher im Ausmaß der erwähnten Kritikpunkte angepasst werden sollte. Im Sinne einer tatsächlichen „Freeze-Regelung“ sollten für sämtliche Bestandskunden grundsätzlich weiterhin die gesamten Bestimmungen des vULL Vertrags zur Anwendung kommen. Zumindest aber sollte das zusätzliche Herstellungsentgelt entfallen und Änderungen der DSLAM-Management-Bandbreite im Fall, dass ein Anschluss wegfällt (durch Anbieterwechsel, Kündigung oder Wechsel auf vULL 2.0) weiterhin möglich sein sowie auch die DSLAM-Managemententgelte bei Bedarf entsprechend der Neuntel-Regelung angepasst werden. Auch sollte klargestellt werden, dass für DSLAMs, auf denen keine Anschlüsse mehr vorhanden sind, trotz des Freeze keine DSLAM-Managemententgelte mehr entrichtet werden müssen.

6. Zur Frage ob der VHCN Vertrag effektiven Wettbewerb garantiert

Zunächst möchte die ISPA nochmals unterstreichen, dass der von A1TA eingebrachte „VHCN Vertrag“ in Hinkunft in jenen Gebieten, in welchen A1TA FTTB/H Infrastruktur ausbaut („VHCN Ausbaugebiete“), die einzige Möglichkeit darstellen wird, um Zugang zur Infrastruktur der A1TA zu erhalten und damit anstelle des vULL 2.0 Vertrags tritt. Insofern diese Ausbaugebiete daher Teil von Gebiet 2 sind oder insofern in diesen Gebieten Geschäftskundenprodukte angeboten werden sollen, müsste der VHCN Vertrag selbst für effektiven Wettbewerb sorgen, um, wie von der Behörde im Rahmen des Drei-Kriterien-Tests angenommen, zu dem Ergebnis zu kommen, dass in diesen Gebieten keine weiteren Regulierungsmaßnahmen erforderlich sind.

Zur Sicherstellung von effektivem Wettbewerb ist es erforderlich, dass die Vertragskonditionen für mehr als nur ein Unternehmen wirtschaftlich rentabel sind. Auch der von der Regulierungsbehörde mehrmals ins Treffen geführte Erwägungsgrund 15 der EU-Märkteempfehlung verlangt, dass „interessierten Unternehmen der Zugang zu Vorleistungsprodukten zu wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen angeboten wird, die wettbewerblich tragfähige Ergebnisse für die Endnutzer auf den Endkundenmärkten ermöglichen.“ Wie auch die Behörde selbst an mehreren Stellen betont, ist dies jedoch gerade nicht der Fall. Auch das weitere Argument, das die Behörde im Rahmen des Drei-Kriterien-Test vorbringt, wonach das „Vorleistungsprodukt „VHCN-Zugang“ eine weitreichende Zusammenarbeit von A1 mit Vorleistungsnehmern“ ermöglicht, kann nicht als ausreichend für die Sicherstellung von effektivem Wettbewerb erachtet werden. Denn diese „weitreichende Zusammenarbeit“ würde zu nicht annehmbaren Konditionen erfolgen. Es ist in diesem

Zusammenhang auch bezeichnend, dass die Behörde selbst bei der Prüfung des zweiten Relevanzkriteriums unter Punkt 4.4.2.2. und damit bei der Prüfung der Frage, ob der relevante Markt eigenständig zu effektivem Wettbewerb tendiert, mit keinem Wort auf die Rolle des VHCN Vertrags eingeht, sondern sich ausschließlich mit dem vULL 2.0 Vertrag befasst.

Zieht man lediglich die Standardentgelte aus dem VHCN Vertrag heran, so zeigt sich, dass diese keinesfalls Margin-Squeeze freie Retail-Preise zulassen würden. Die Behörde führt zwar unter Punkt 2.4.2.3. aus, dass "derzeit noch keine Endkundenpreise bekannt sind" und daher keine Margin-Squeeze Prüfung durchgeführt werden kann. Dabei erkennt die Behörde jedoch, dass A1TA sehr wohl bereits die Produkte „A1 Glasfaser Internet 200/300/500/1000“ anbietet:

Beispielsweise bietet A1TA derzeit das Retailprodukt A1 Glasfaser Internet 300 Neubau mit max. 337 Mbit/s (Downstream) bzw. 102 Mbit/s (Upstream) für monatlich EUR 34,90,- an. Das VHCN-Vorleistungsprodukt, das diesem Retailprodukt am nächsten kommt, wäre daher 262/102, das trotz geringerer Downloadbandbreite jedoch bereits EUR 29,- (netto) kostet. A1TA bietet auch ein Retailprodukt A1 Glasfaser Internet 500 Neubau mit maximal 563/102 für EUR 44,90,- an, wobei das entsprechende VHCN-Vorleistungsprodukt EUR 38,- für 593/102 kosten würde. In beiden Fällen beträgt die Differenz zwischen Vorleistungs- und Retail-Preis somit weniger als 20 %. Daraus folgt, dass die standardmäßigen Vorleistungspreise im VHCN-Vertrag es alternativen Betreibern nicht erlauben, wettbewerbsfähige Retail-Produkte anzubieten, wobei dies selbst von der Behörde eingestanden wird.

Um daher überhaupt wirtschaftlich rentabel anbieten zu können, muss ein Anbieter das Kooperationsmodell wählen. Wie auch die Behörde selbst feststellt, ist es angesichts der damit verbundenen hohen Vorab-Entgelte und der Höhe der Commitmentstufen jedoch sehr wahrscheinlich, dass im Wesentlichen nur Hutchison Drei Austria dazu in der Lage sein wird, das Kooperationsmodell zu nutzen. Unternehmen, die in einem bestimmten Gebiet nicht das Kooperationsmodell wählen, werden basierend auf den Standardentgelten (ohne Rabatte) des VHCN-Vertrages wiederum keine signifikanten Marktanteile erzielen können. Nach Ansicht der ISPA kann es jedoch zur Sicherstellung von effektivem Wettbewerb nicht ausreichen, dass der Vertrag für gerade einmal einen einzigen alternative Anbieter überhaupt wirtschaftlich rentabel umsetzbar ist.

Hinzu kommt, dass der Zugang zu VHCN Infrastruktur in Neubauten ohnehin nur im Rahmen der bundesweiten „Poollösung“ ermöglicht wird, die in jedem Fall nur für H3A attraktiv ist, da nur dieses Unternehmen auch dazu in der Lage ist die notwendigen bundesweiten Commitments abzugeben. Die gesamte Infrastruktur in Neubauten, welche A1TA ab dem „VHCN-Stichtag“ ausbaut, steht daher in Hinkunft den anderen Vorleistungsbeziehern schlicht nicht mehr zur Verfügung. Zwar geht die Behörde im Rahmen der Beweiswürdigung auch auf dieses Problem ein, versucht es jedoch dadurch zu entkräften, dass sich Neubauten hauptsächlich in urbanen Gebieten befinden, die Gebiet 1 zuzuordnen sind. Dem ist jedoch zu entgegen, dass dies eine reine Annahme darstellt und sicherlich nicht auf sämtliche Neubauten zutrifft, da Wohnprojekte in Hinkunft mit Sicherheit auch in Gebiet 2 durchgeführt werden. Unabhängig davon, ob sich die VHCN Ausbaugelände in Gebiet 1 oder 2 befinden, ist der Zugang zur VHCN Infrastruktur im gesamten Bundesgebiet darüber hinaus für das Angebot von Geschäftskundenprodukten erforderlich, um wiederum auf diesem Markt für effektiven Wettbewerb zu sorgen. Eine generelle Ausnahme der FTTH Infrastruktur in sämtlichen

Neubauten stellt daher eine erhebliche Beschneidung des Zugangs gegenüber den angedachten Regulierungsaufgaben aus dem Gutachten vom 08.03.2021 dar, die sich explizit auch auf die FTTH Infrastruktur von A1TA bezogen haben.

Die Faktoren, die nach Ansicht der Behörde in Punkt 2.4.2.6 für effektiven Wettbewerb in den VHCN-Ausbaugebieten sprechen, sind nach Ansicht der ISPA hingegen mehr als unzureichend. Im Wesentlichen beschränken sie sich darauf, dass mit H3A zumindest ein Unternehmen die Möglichkeit hat, wirtschaftlich rentabel in den VHCN-Ausbaugebieten anzubieten sowie darüber hinaus die Möglichkeit zu Kooperationspartnerschaften unter der Führung von einem Vorleistungsbezieher besteht. Dies ist jedoch schon bereits deshalb unwahrscheinlich, da laut VHCN-Vertrag nur ein einzelner Anbieter selbst Vertragspartner sein kann und damit aber auch alleine das finanzielle Risiko zur Erfüllung der Take-Up Rate, der Leistung der Vorab-Zahlungen etc tragen müsste. Darüber hinaus erfordert die dafür notwendige Koordination wiederum erheblichen Einsatz von personellen Ressourcen die gerade kleinen Anbietern nicht zur Verfügung stehen. Auch der Vorschlag, dass H3A selbst als Reseller auftritt ist mehr als zweifelhaft, da es fragwürdig erscheint, weshalb H3A hier den Vorleistungsbeziehern günstigere Konditionen als A1TA anbieten sollte und H3A darüber hinaus dazu auch schlicht nicht verpflichtet wäre. Es ist auch generell zu hinterfragen, weshalb die Nachteile des VHCN-Vertrags durch die Vorleistungsbezieher selbst ausgeglichen werden müssen. Vielmehr betont die ISPA nochmals, dass der VHCN-Vertrag, basierend auf der Argumentation der Behörde im Rahmen des Drei-Kriterien-Tests, selbst dafür Sorge tragen muss, dass sich im Ergebnis effektiver Wettbewerb in den an sich regulierungsbedürftigen Märkten einstellt, und das ist offensichtlich nicht der Fall.

Hinsichtlich der zusätzlich von der Behörde in Punkt 2.4.2.6 dargelegten Argumente, wonach in manchen VHCN-Ausbaugebieten ohnehin bereits andere Festnetze vorhanden sind oder ausreichend Wettbewerb aufgrund von mobilen Breitbandprodukten besteht, ist zu entgegnen, dass dieser Aspekt bereits im Rahmen der geografischen Marktabgrenzung berücksichtigt wurde und es im Rahmen der Erwägung, ob der VHCN Vertrag als Ersatz für ex-ante Regulierungsmaßnahmen in Frage kommt, gerade um jene Regionen geht, in denen dieser Wettbewerbsdruck nicht ausreichend besteht.

Die Ausführungen der Behörde, sowohl im Rahmen der Marktanalyse als auch der Beweiswürdigung wonach effektiver Wettbewerb durch den VHCN-Vertrag in den VHCN-Ausbaugebieten in hinreichendem Ausmaß sichergestellt ist sind daher nach Ansicht der ISPA nicht nachvollziehbar und auch nicht ausreichend begründet.

Da dies auch der Behörde selbst bewusst zu sein scheint werden als zusätzliches Argument noch Investitionsanreize für A1TA ins Treffen geführt. In diesem Zusammenhang möchte die ISPA die Behörde nochmals daran erinnern, dass die gesamte Prüfung des VHCN Vertrags weiterhin im Rahmen des in § 87 Abs. 3 TKG geregelten Drei-Kriterien-Tests erfolgt und insbesondere in Bezug auf das zweite Kriterium, also ob aufgrund des Vertrags davon ausgegangen werden kann, dass der relevante Markt langfristig zu effektivem Wettbewerb tendiert. Investitionsanreize für das marktmächtige Unternehmen spielen dabei, wenn, dann nur eine untergeordnete Rolle, die bei der anschließenden Auferlegung von Regulierungsaufgaben, nicht aber bei der Prüfung der Regulierungsrelevanz der Märkte, miteinbezogen werden können. Dies zeigt sich auch darin, dass

weder in Erwägungsgrund 170 EECC noch in Erwägungsgrund 15 der EU-Märkteempfehlung, auf welchen die Behörde selbst wiederholt als Rechtfertigung für die angedachte Deregulierung der Märkte Bezug nimmt, Investitionsanreize erwähnt werden. Auch aus den Zielbestimmungen in § 1 Abs. 2 TKG kann nichts anderes abgeleitet werden, da diese zwar bei der Auslegung der im Gesetz enthaltenen Bestimmungen berücksichtigt werden sollen, dadurch jedoch nicht die in § 87 Abs. 3 TKG im Einklang mit Art 67 Abs. 1 EECC explizit aufgezählten Kriterien erweitert werden können. Das Argument der Investitionsanreize für A1TA vermag daher nicht die dargelegte mangelhafte Sicherstellung von effektivem Wettbewerb auszugleichen.

Den Feststellungen der Behörde zu den hohen Kosten des FTTB/H Ausbaus in Österreich sowie auch hinsichtlich der Unsicherheiten in Bezug auf die zukünftige Nachfrage bzw. die Auslastung des FTTH-Netzes ist zudem zwar zuzustimmen, sie betreffen jedoch gleichermaßen alle Netzbetreiber, die in neue FTTH Infrastruktur investieren. Dennoch hat es viele kleine und mittelgroße Unternehmen, mit gänzlich anderen finanziellen Voraussetzungen, bislang nicht am Netzausbau gehindert. A1TA wiederum hat auch mithilfe umfangreicher öffentlicher Förderungen in den vergangenen Jahren ausschließlich in FTTC Infrastruktur investiert, da dadurch kostengünstig die Ausbauziele erfüllt und die Förderungen einbehalten werden konnten. Es erscheint befremdlich weshalb gerade der größte und umsatzstärkste österreichische Netzbetreiber, der bereits in erheblichem Ausmaß von öffentlichen Förderungen profitiert hat, nun noch zusätzliche Unterstützung im Rahmen der Wettbewerbsregulierung erhalten soll. Vielmehr sollte im Rahmen der Prüfung von Investitionsanreizen lediglich auf jene Punkte Bedacht genommen werden, die von der Behörde bereits im Regulierungsbescheid M 1.5/15 unter Punkt 2.5.3.6 ausgeführt wurden. Demnach sollte bei der Festlegung der Vorleistungspreise darauf geachtet werden, dass Vorleistungsbezieher zwar die Endkundenpreise der A1TA nachbilden, jedoch nicht erheblich unterschreiten können. Damit steht es A1TA selbst frei durch Gestaltung ihrer Retail-Preise die notwendige Refinanzierung des Ausbaus sicherzustellen. Die Problematik der mangelnden Nachfrage nach hohen Bandbreiten sollte hingegen durch entsprechende Fördermodelle angegangen werden, jedoch keine Rolle bei der Beurteilung der Frage spielen, ob durch den VHCN Vertrag effektiver Wettbewerb garantiert wird.

Die ISPA ersucht um Berücksichtigung ihrer Bedenken und Anregungen.

Für Rückfragen und weitere Auskünfte stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



ISPA – Internet Service Providers Austria

Die ISPA – Internet Service Providers Austria – ist der Dachverband der österreichischen Internet Service-Anbieter und wurde im Jahr 1997 als eingetragener Verein gegründet. Ziel des Verbandes ist die Förderung des Internets in Österreich und die Unterstützung der Anliegen und Interessen von über 200 Mitgliedern gegenüber Regierung, Behörden und anderen Institutionen, Verbänden und Gremien. Die ISPA vertritt Mitglieder aus Bereichen wie Access, Content und Services und fördert die Kommunikation der Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmer untereinander

An die

Telekom-Control-Kommission
Mariahilfer Straße 77-79
1060 Wien
E-Mail: marktanalyse@rtr.at

Wien, am 29. April 2021

**ISPA STELLUNGNAHME ZU DEN WIRTSCHAFTLICHEN GUTACHTEN DER
AMTSSACHVERSTÄNDIGEN DER RTR-GMBH IM VERFAHREN M 1/20 MARKT FÜR DEN
LOKALEN UND ZENTRALEN ZUGANG**

Sehr geehrte Damen und Herren,

die ISPA ist sich ihrer mangelnden Parteistellung im Marktanalyseverfahren M 1/20 bewusst. Trotzdem möchte die ISPA im Interesse ihrer Mitglieder zum wirtschaftlichen Gutachten der Amtssachverständigen der RTR-GmbH im Verfahren M 1/20 - Markt für den lokalen und zentralen Zugang Stellung nehmen und auf die folgenden Punkte aufmerksam machen:

1. Zur sachlichen Marktabgrenzung des Endkundenmarkts für Breitbandinternet-Privatkundenprodukte

Hinsichtlich der sachlichen Marktabgrenzung kommen die Gutachter zu dem Ergebnis, dass Festnetzprodukte sowohl über DSL-, Kabel- als auch FTTH-Anschlüsse in den Markt mitaufgenommen werden sollen. Sie empfehlen darüber hinaus, auch mobile Breitbandprodukte, bei denen es sich um reine Datentarife mit einer monatlichen Flat-Rate handelt (sog. „Cube“-Produkte), in den Markt miteinzubeziehen. Die Aufnahme von Festnetzprodukten sowohl über DSL-, Kabel- und FTTH-Anschlüsse erscheint nach Ansicht der ISPA schlüssig. Aus Endkundensicht werden diese – trotz unterschiedlichem Leistungsvermögen – auch in den nächsten 5 Jahren weiterhin Substitute darstellen, da die wesentlichen Eigenschaften eines Festnetzanschlusses, insbesondere eine stabile Verbindung mit hoher Bandbreite, allen drei Technologien gemein ist.

Die Substitutionswirkung von mobilen Breitbandprodukten mit Flat-Rate möchte die ISPA hingegen aus den folgenden Gründen in Frage stellen:

- Unzulänglichkeiten der gewählten Methodik

Hinsichtlich der nachfrageseitigen Substitutionswirkung von mobilen Breitbandprodukten verlassen sich die Gutachter im Wesentlichen auf die Ergebnisse der NASE 2020 sowie der darin gestellte

hypothetischen Monopolistenfrage (HM-Test-Frage bzw. SSNIP-Test). Bei dieser gaben 10,1 % der Befragten an, dass sie im Fall einer 10%igen Preiserhöhung aller festen Breitbandprodukte zu einem mobilen Breitbandprodukt wechseln würden, wobei wiederum nur 6,5 % zu einem mobilen Breitbandprodukt mit Flat-Rate wechseln würden.

Obgleich der HM-Test auch von der EU-Kommission in den SMP-Leitlinien erwähnt wird, weist diese auch umgehend auf dessen Unzulänglichkeiten hin.¹ Die von den Gutachtern gewählte empirische Methode, den HM-Test ausschließlich in Form einer einzelnen Frage im Rahmen einer Kundenbefragung (der NASE 2020) durchzuführen bietet darüber hinaus weitere Schwachpunkte. Denn bei den Ergebnissen handelt es sich letztlich um hypothetische Antworten zu einer hypothetischen Frage, und ist nicht anzunehmen, dass diese jeweils dem tatsächlichen Wechselverhalten in der Praxis entsprechen. Die hypothetischen Antworten können daher am Ende zwar als Indikator – nicht jedoch für sich genommen als einziges belastbares Datenmaterial zur Bestimmung der sachlichen Marktabgrenzung dienen. Denn es ist davon auszugehen, dass bereits die Fragestellung selbst zu einer erheblichen Verfälschung des Ergebnisses beiträgt, da zahlreiche Befragte im Sinne der „Sparmentalität“ instinktiv angeben, jedenfalls auf das günstigere mobile Breitbandprodukt zu wechseln ohne den damit verbundenen Aufwand bzw. speziell die technischen Unterschiede (vgl. hierzu unten) in Betracht zu ziehen. Bereits aufgrund dessen ist davon auszugehen, dass die geschätzte Elastizität aus der NASE deutlich zu hoch angenommen wird.

Gleichzeitig ist die Berechnung der kritischen Elastizität wiederum erheblich von der Annahme der variablen Kosten auf Seiten der A1TA abhängig. Je höher diese geschätzt werden, desto höher auch die kritische Elastizität. Ohne dies näher zu begründen, werden die variablen Kosten der A1TA durch die Gutachter lediglich auf 20 – 40 % geschätzt wodurch die kritische Elastizität entsprechend niedrig errechnet wird. Angesichts der Tatsache, dass dieser Punkt derart entscheidend für die restliche sachliche Marktabgrenzung ist, sollten die Gutachter die Annahme von 20 – 40 % jedenfalls näher begründen. Auch aufgrund der Schätzungen der internen Kosten eines effizienten Betreibers im Rahmen der Entgeltkontrolle (5.3.2.1) geht die ISPA davon aus, dass der Anteil der variablen Kosten auf Seiten der A1TA höher ist und die Bandbreite der kritischen Elastizität damit ebenfalls höher liegt.

Dies hätte zur Folge, dass die Elastizität aus der NASE unter der kritischen Elastizität liegen würde und der Markt damit – selbst bei Heranziehung des HM-Tests – nicht um das nächste Substitut erweitert werden müsste.

- Alternative Methoden zur Bestimmung der sachlichen Marktabgrenzung

Wie Univ.-Prof. Dr. Gerpott in dem zur ON 235 eingebrachten Gutachten zur „Zukunft von ex-ante-Zugangsverpflichtungen für A1 Telekom Austria in Österreich auf dem Markt 1 gemäß Empfehlung der Europäischen Kommission (EU) 2020/2245 im Rahmen aktueller TKK-/RTR-Marktanalyseverfahren“ detailliert ausführt, zeigt eine genauere Analyse der Korrelation zwischen der Entwicklung der Anzahl an mobilen und festen Breitbandanschlüsse in den Jahren 2017 – 2020,

¹ Europäische Kommission, Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste(Text von Bedeutung für den EWR)(2018/C 159/01) Rz. 29.

dass die Schwankungen der fester Breitbandanschlüsse gerade *nicht* durch eine Varianz in der Anzahl mobiler Breitbandanschlüsse erklärbar sind und bereits dies gegen ein signifikantes Wechselverhalten von Festnetz zu mobilen Breitbandprodukten spricht. Die von den Gutachtern in Punkt 3.2.2.1.2.4 ins Treffen geführten Argumente, die Ergebnisse der NASE 2020 würden ein starkes Wechselverhalten in der Vergangenheit belegen sind daher zu hinterfragen, insbesondere, da die von Gerpott angestellten Analysen auf konkreten belastbaren Daten zu dem Konsumentenverhalten in den vergangenen Jahren beruhen, während die Belastbarkeit der Umfragedaten aus der NASE 2020 aus den genannten Gründen eine deutliche Unschärfe birgt.

Zusätzlich kann zur Bestimmung der nachfrageseitigen Substitutionswirkung neben dem HM-Test auch verstärkt vom Bedarfsmarktkonzept ausgegangen werden, und analysiert werden, welche Produkte die gleichen (technischen) Merkmale aufweisen, um den gleichen Bedarf der Endkunden zu befriedigen. Hierbei zeigt zunächst bereits ein Blick auf den von der RTR-GmbH ebenfalls veröffentlichten Internet Monitor, dass das durchschnittlich verbrauchte Datenvolumen pro Festnetzanschluss das Volumen pro mobilem Breitbandanschluss mit Flat-Rate und fixem monatlichen Entgelt um 61,2 % übersteigt.² Dies ist bereits ein erstes Indiz dafür, dass Festnetzanschlüsse gerade für datenintensive Dienste, wie insbesondere Videostreaming und Online-Gaming eingesetzt werden, und mobile Breitbandprodukte dafür objektiv betrachtet kein Ersatz sind.

Darüber hinaus, zeigen auch die Preisentwicklungen, dass der Preis für mobile Breitbandprodukte ab einer Downloadgeschwindigkeit von 100 Mbit/s jenen für Festnetzprodukte im Durchschnitt um 10 Euro übersteigt.³ Entgegen den Annahmen der Gutachter ist dabei nicht relevant, dass aktuell der Großteil der Nachfrage noch im Bereich <100 Mbit/s liegt, da die Marktanalyse die Entwicklungen der nächsten fünf Jahre berücksichtigen muss, in welchen ein erheblicher Anstieg der Nachfrage nach höheren Bandbreiten zu erwarten ist. Hiervon geht auch das Bundesministerium für Landwirtschaft, Regionen und Tourismus basierend auf aktuellen wissenschaftlichen Studien aus in den kürzlich veröffentlichten Förderrichtlinien aus.⁴

- Gravierende technische Unterschiede zwischen mobilen und festen Breitbandprodukten

Mobile Breitbandprodukte und Festnetzprodukte weisen erhebliche funktionelle Unterschiede aufgrund der verwendeten Technologie auf. Insbesondere ist die dem Nutzer von mobilen Breitbandprodukten tatsächlich zur Verfügung stehende Bandbreite stark von der Auslastung der jeweiligen Funkzelle (Kapazität), der Entfernung zum nächsten Mobilfunkmast, der Topographie und anderen Einflüssen abhängig, während diese Einflüsse auf Festnetzanschlüsse weitaus geringer sind.

Die Gutachter der RTR verabsäumen es leider auf diese technischen Unterschiede einzugehen, sondern beschränken sich darauf, auf die Daten des RTR Netztests zu verweisen. Aus diesen geht auf den ersten Blick hervor, dass der Median der Down- und Upload-Geschwindigkeit von 4G-

² RTR Internet Monitor Q2-2020, Festes und mobiles Datenvolumen - Endkundenmarkt

³ Vgl. Abb 15

⁴ Breitband Austria 2030: Access, Sonderrichtlinie zur Umsetzung von Maßnahmen im Rahmen der Breitbandstrategie 2030 4.

Messungen dem Median von (W)LAN-Messungen entspricht bzw. diesen sogar übersteigt. Diesen Vergleich als Argument zur technischen Vergleichbarkeit der beiden Produkte heranzuziehen ist jedoch in mehrfacher Hinsicht verfehlt.

Bereits aufgrund der Tatsache, dass Festnetzanschlüsse ausschließlich über WLAN-Messungen dargestellt werden, sind die Ergebnisse erheblich verfälscht, da diese Messungen von den – oftmals leider falschen – Einstellungen und der Positionierung des WLAN-Routers abhängen und damit keine belastbare Aussage über die Leistung des Festnetzanschlusses bieten. Gerade deshalb regt auch die RTR selbst für eine zertifizierte Messung an, dass diese mittels LAN-Kabel erfolgt.⁵

Darüber hinaus wird die Vergleichbarkeit aber auch dadurch beeinträchtigt, dass sämtliche 4G-Messungen gesammelt dargestellt werden. Denn hiervon sind auch Messungen bei mobiler Nutzung (insbesondere über Smartphones) erfasst, und nicht nur jene über stationäre Nutzung („Cubes“). Da Mobilfunkbetreiber jedoch in der Regel im Fall der Auslastung der Funkzelle Tarife mit mobiler Nutzung gegenüber Tarifen mit stationärer Nutzung betreffend der verfügbaren Bandbreite bevorzugen, müsste der 4G-Median gesamtheitlich nach unten korrigiert werden um ausschließlich stationäre Anschlüsse zu repräsentieren.

Letztlich sind für den Vergleich aber vor allem auch zahlreiche andere Parameter relevant, wie insbesondere die Latenzzeit bzw. die verfügbare Mindestbandbreite, die sich bei mobilen und festen Breitbandprodukten erheblich unterscheiden, auf welche von den Gutachtern aber in keiner Weise Bezug genommen wird.

An den grundsätzlichen technischen Unterschieden ändert auch nicht, dass wie von den Gutachtern festgestellt mobile und feste Breitbandangebote zum Teil ähnlich beworben werden. Denn in den Leistungsbeschreibungen der Produkte wird klar auf die unterschiedlichen Eigenschaften hingewiesen. Durch die mit In-Kraft-Treten des TKG 2021 erforderliche Vertragszusammenfassung wird diese Unterscheidung für den Konsumenten noch weiter verstärkt.⁶ Wie die Gutachter zudem unter Punkt 3.2.2.1.1. ausführen, werden unterschiedliche Festnetztechnologien unisono als „Festnetz-Internet“ beworben. Hinsichtlich mobiler Breitbandprodukte wird jedoch sehr wohl in der Werbung bzw. den Kundeninformationen explizit auf die Eigenschaft als mobiles Breitbandprodukt hingewiesen.

Gerade aufgrund der technischen Unterschiede erfolgt auch in den anwendbaren Rechtsgrundlagen, der Telekom-Single-Market Verordnung (TSM-VO)⁷ sowie dem European Electronic Communications Code (EECC)⁸ eine klare Unterscheidung zwischen mobilen und festen Breitbandprodukten. Beispielsweise sieht Art 4 Abs. 1 lit. d TSM-VO vor, dass bei Festnetzprodukten transparente Informationen über die minimale, die normalerweise zur Verfügung stehende, sowie die maximale Download-/Uploadgeschwindigkeit angeführt werden müssen. Bei mobilen

⁵ Vgl. RTR-GmbH, „Anleitung zur zertifizierten Messung“ (Jänner 2021) S. 4

⁶ Vgl. § 129 Abs. 4 TKG 2021-E

⁷ Verordnung (EU) 2015/2120 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet und zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten sowie der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union

⁸ Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung)

Breitbandprodukten sind hingegen nur Angaben zu maximalen Download-/Uploadgeschwindigkeit anzuführen, während keine Angaben zur minimalen und normalerweise zur Verfügung stehenden Bandbreite angeführt werden müssen. Diese Unterscheidung ist gerade auf die ausgeführten technischen Unterschiede – die Einflüsse sowohl technischer als auch topographischer Faktoren auf die dem Nutzer zur Verfügung stehende Bandbreite – zurückzuführen. Auch der EECC übernimmt diese Unterscheidung, indem in die in Art 102 Abs. 3 vorgesehenen Vertragszusammenfassung unterschiedliche Anforderungen an mobile und feste Breitbandprodukte vorgesehen werden.

Die Unterschiede werden auch in der Explanatory Note zur neuen Märkteempfehlung der EU-Kommission betont. Darin führt die Kommission aus, dass sich zwar auch mobile Breitbandtechnologien in den vergangenen Jahren erheblich verbessert haben bzw. 5G-Technologie noch weitere zusätzliche Möglichkeiten schaffen wird. Gleichmaßen haben sich aber auch Festnetztechnologien weiter verbessert wodurch weiterhin Leistungsunterschiede zwischen den beiden Zugangsarten existieren. Aus diesem Grund werden mobile Breitbandprodukte auch in den allermeisten Mitgliedstaaten nicht als Substitut für Festnetzprodukte angesehen.⁹

- Ergebnis

Aus den vorgebrachten Gründen folgt, dass eine Substitutionswirkung weder auf Nachfrage- noch auf Angebotsseite gegeben ist und darüber hinaus auch klare technische Unterschiede gegen eine Substitutionswirkung und daher eine Aufnahme mobiler Breitbandprodukte in die sachliche Marktabgrenzung sprechen. Die von den Amtsgutachtern vorgebrachte Begründung, die lediglich auf einer einzelnen hypothetischen Frage im Rahmen der NASE 2020 aufbaut, erscheint in jedem Fall angesichts der zahlreichen entgegenstehenden Beweise, die von den Gutachtern zudem auch nicht behandelt wurden, unzureichend. Aus diesem Grund sollte die sachliche Marktabgrenzung des Endkundenmarkts für Breitbandinternet-Privatkundenprodukte sowie die darauf aufbauenden weiteren Ausführungen entsprechend überarbeitet, näher begründet und auf Festnetzprodukte eingeschränkt werden.

2. Zur geographischen Marktabgrenzung

Zunächst möchte die ISPA darauf hinweisen, dass es aufgrund der äußerst restriktiven Datenfreigabe der Amtsgutachter leider nicht möglich ist, alle notwendigen Informationen zu erhalten um darauf basierend ein Gegengutachten zu erstellen und die Ergebnisse der Gutachter im Detail nachzuprüfen und eigene Analysen aufzustellen. Vielmehr ist es nur möglich, die aus den Daten bereits gewonnenen Schlussfolgerungen der Gutachter zu analysieren. Während dies bereits an sich eine erhebliche Beeinträchtigung des Rechts auf Parteiengehör gem. § 45 Abs. 3 AVG darstellt, sollte es in jedem Fall nicht zum Nachteil der Verfahrensparteien gereichen, sondern die Behörde

⁹ Commission Staff Working Document Explanatory Note accompanying the Commission Recommendation on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 establishing the European Electronic Communications Code), 33.

sich dennoch mit den nachfolgenden, fundierten Einwänden gegen die Schlüssigkeit des Gutachtens auf gleicher Ebene auseinandersetzen.¹⁰

Darüber hinaus ist aus dem Gutachten auch nicht klar erkenntlich, welche ZIB-Daten der Kabelnetzbetreiber zur Bemessung herangezogen wurden, speziell da die Gutachter häufig die Formulierung „CATV-Anschlüsse“ anstelle von „Breitbandprodukt“ verwenden, wobei es sich sowohl um „Homes Connected“ (Kunden) als auch „Homes passed“ (Anschlüsse in Häusern, wo ein Anschluss enthalten ist, aber nicht zwingend auch ein Kunde des Kabelnetzbetreibers einen Breitbandanschluss abonniert hat) handeln kann. Durch letzteren Wert würde der Marktanteil der Kabelnetzbetreiber jedoch erheblich überschätzt werden. Auch in diesem Punkt ersucht die ISPA um Klarstellung.

Ferner möchte die ISPA auf die zur ON 193 eingebrachte Studie von Univ.-Prof. Dr. Torsten Gerpott sowie Dipl.-Wirtsch.-Ing. Andreas Walter verweisen.¹¹ In dieser führen die Autoren detailliert aus, dass sowohl eine angebots- als auch eine nachfrageseitige Analyse der Vorleistungsmärkte für den lokalen und den zentralen Zugang zeigt, dass von regionalen (De-)Regulierungsmaßnahmen abgesehen werden sollte und die Regulierung der Vorleistungsmärkte weiterhin bundesweit einheitlich erfolgen sollte. Die ISPA bedauert, dass die Gutachter der RTR-GmbH eine genauere Auseinandersetzung mit den Studienergebnissen unterlassen, sondern sich auf einige sehr allgemeine Aussagen dazu beschränken.

Entgegen den Schlussfolgerungen der zur ON 193 eingebrachten Studie kommen die Amtsgutachter zu dem Ergebnis, dass es innerhalb Österreichs zwei geographisch abgrenzbare Märkte gibt, deren Wettbewerbsstrukturen sich derart voneinander unterscheiden, um sie unterschiedlich zu behandeln. Voraussetzung hierfür müsste sein, dass die Wettbewerbsbedingungen sich in den vom jeweiligen Markt umfassten Gebiet gleichen oder hinreichend homogen sind und von Nachbargebieten unterschieden werden können, in denen erheblich andere Wettbewerbsbedingungen bestehen.¹²

- Zu den Aktionsangeboten der A1TA

Neben regionalen Unterschieden in den Marktanteilen und der Anzahl der lokalen Festnetzbetreiber sind zur Bestimmung regionaler Märkte auch zusätzliche Strukturen- und Verhaltensnachweise notwendig, die auf unterschiedliche Marktverhältnisse schließen lassen.¹³ Die Gutachter berufen sich hierfür auf das Preissetzungsverhalten der A1TA, die in bestimmten Regionen, in welchen auch lokale Festnetzanbieter aktiv sind, Aktionsangebote für Festnetzneukunden setzt. Nach Ansicht der ISPA handelt es sich dabei jedoch um ein sowohl ungeeignetes als auch nicht ausreichend substantiiertes Kriterium, um von inhomogenen bundesweiten Marktverhältnissen zu sprechen.

¹⁰ Vgl VwGH 16. 5. 2001, 99/09/0186

¹¹ Gerpott/Walter, „Geografische Abgrenzung der Märkte 3a/3b gemäß Empfehlung 2014/710/EU der EU-Kommission im Rahmen aktueller TTK-/RTR-Verfahren zur Feststellung beträchtlicher Marktmacht und Regulierung von A1 Telekom Austria auf diesen Märkten“

¹² Mitteilung der Kommission über Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste (2018/ C 159/01) Rz. 48

¹³ Vgl EU-Kommission Explanatory Note zu den Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste SWD(2018)124 S. 14

Insbesondere ist es nicht nachvollziehbar, weshalb zur Preisanalyse ausschließlich die Preisentwicklung von Festnetz(neu)kunden herangezogen wird, und trotz Aufnahme von mobilen Breitbandprodukten in die sachliche Marktabgrenzung deren (regionale) Preisentwicklung gänzlich ignoriert wird. Um nachzuweisen, dass der Markt im Sinne der getroffenen sachlichen Marktabgrenzung regional unterschiedliche Wettbewerbsverhältnisse aufweist, müssten sich diese auf sämtliche davon umfassten Produkte auswirken, speziell auch in Anbetracht der Tatsache, dass es sich dabei wie unter Punkt 3.2.2.1.2.1 dargelegt um mehr als eine Million Anschlüsse österreichweit handelt und somit um rund 30 % des angenommenen Markts.

Bei einer näheren Analyse der mobilen Breitbandprodukte würde sich zeigen, dass die A1TA für diese gerade keine regional unterschiedlichen Preise anbietet, was wiederum sehr stark dafürspricht, dass offenbar auch die A1TA für den anhand der sachlichen Marktabgrenzung definierten Produktmarkt von einheitlichen Marktverhältnissen ausgeht. Alternativ müsste angenommen werden, dass die A1TA mobile Breitbandprodukte nicht für ein gleichwertiges Substitut erachtet und die Preisgestaltung daher voneinander abweicht.

Darüber hinaus ist selbst aus den herangezogenen Festnetzpreisen nicht ersichtlich, inwiefern die niedrigeren Aktionspreise der A1TA tatsächlich auf Preisdruck der lokalen Kabelnetzanbieter rückführbar sind und damit für heterogene Wettbewerbsverhältnisse sprechen. Die Gutachter beschränken sich in ihren hierzu ergangenen Feststellungen zum einen auf Aussagen der A1TA¹⁴ sowie zum anderen auf die Grafiken in Abb. 27 u. 28. Aus Letzteren geht jedoch ein solcher Preisdruck nicht hervor. Denn während im Bundesland Salzburg die A1TA überhaupt erst zwei Jahre nach Produktänderung der Salzburg AG mit niedrigen Aktionspreisen reagiert hat, zeigt sich beim Vergleich „A1_fest_LH“ und den Preisen von Magenta, dass es lediglich im Herbst 2019 eine in zeitlichem Naheverhältnis stehende Preisreduktion beider Unternehmen gegeben hat, wobei aber von den Gutachtern nicht nachgewiesen wird, welches Unternehmen auf wen reagiert hat. Darüber hinaus hat die A1TA ihre Endkundenpreise in diesem Fall in sämtlichen Landeshauptstädten gesenkt, auch dort wo Magenta nicht aktiv ist bzw. über keine eigene Infrastruktur verfügt. Auch das deutet darauf hin, dass dies keine Reaktion auf regionale Preise von Magenta war, da andernfalls der Preis nur dort „gematcht“ worden wäre, wo dies notwendig war.

Um den Wettbewerbsdruck durch lokale Kabelnetzbetreiber nachzuweisen müsste nach Ansicht der ISPA darüber hinaus dargelegt werden, dass sich die Marktanteile der A1TA in den betroffenen Gebieten zum Vorteil der lokalen Festnetzanbieter verringert haben und die A1TA gerade deshalb mit niedrigen Preisen gegensteuern musste. Ein entsprechender Nachweis unterbleibt jedoch ebenfalls. Auch eine Analyse der übrigen Aktionspreise der A1TA außerhalb von Salzburg und den Landeshauptstädten wurde gänzlich unterlassen.

Nach Ansicht der ISPA werden von der A1TA regionale Aktionen vielmehr dazu gesetzt, um lokale Festnetzanbieter mit eigener Infrastruktur zu schwächen, gerade in jenen Gebieten, in welchen ARUs bzw. FTTH ausgebaut werden. Da die A1TA selbst in diesen Gebieten meist bereits über ARUs verfügt kann sie umgehend durch Aktionspreise reagieren. Anstelle einer Reaktion auf den regionalen Preisdruck handelt es sich dabei daher um ein aggressives Preissetzungsverhalten

¹⁴ Vgl. die Aussagen in Punkt 3.2.2.2.3 wonach die A1TA in Salzburg „nach eigenen Angaben auf besonders attraktive Angebote der Salzburg AG reagierte

seitens der A1TA, indem diese Endkundepreise unter den durchschnittlichen Gesamtkosten pro Teilnehmeranschlussleitung anbietet um Kunden abzuwerben. Eine solche aggressive Preissetzungspraxis ist nach Rechtsprechung des EuGHs nicht zulässig.¹⁵ Insbesondere kann diese auch nicht allein dadurch gerechtfertigt werden, dass Endkundenpreise mit jenen eines lokalen Anbieters „gematcht“ werden, da die A1TA diese niedrigen Preise ausschließlich aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung am Bundesgebiet anbieten kann.¹⁶

Eindeutig gegen den Preisdruck durch alternative Anbieter sprechen auch die Ergebnisse der hedonischen Preisanalyse in Anhang 3 des Gutachtens. Diese zeigen deutlich, dass sich der (hedonische) Preisunterschied sowohl im Festnetz- als auch im Mobilfunkbereich gegenüber den alternativen Anbietern in den letzten Jahren tendenziell stetig erhöht hat. Würde in sämtlichen Gemeinden die Markt 1 zugeordnet werden – und die laut Tabelle 4 ca. 57 % der Endkundenanschlüsse erfassen – tatsächlich der vorgebrachte Preisdruck herrschen, müssten die Auswirkungen auch in der hedonischen Preisentwicklung ersichtlich werden.

Aus den vorgebrachten Gründen folgt, dass bei genauerer Betrachtung die Preisanalyse gerade *nicht* zu dem Ergebnis kommt, dass geographisch uneinheitliche Marktverhältnisse bestehen und daher weiterhin von einem **bundesweit einheitlichen Markt** ausgegangen werden sollte.

- Zu den aufgestellten Kriterien zur Abgrenzung von Markt 1

Unabhängig von den vorgebrachten Gründen, die für ein Fortbestehen eines bundesweit einheitlichen Marktes sprechen, möchte die ISPA dennoch auch zu den von den Gutachtern aufgestellten Kriterien zur Abgrenzung von Markt 1 Stellung nehmen:

Die Gutachter kommen zu dem Ergebnis, dass zur Abgrenzung der von dem in Hinkunft deregulierten Markt 1 erfassten Gemeinden die folgenden Kriterien herangezogen werden sollen:

- Die A1 Telekom Austria verfügt über einen Marktanteil von weniger als 50%
- Es gibt für zumindest 75% der Haushalte in der Gemeinde mindestens drei unabhängige Netze (inkl. Mobilfunknetze) und für zumindest 75% der Haushalte in der Gemeinde ein alternatives Festnetz.

Selbst wenn davon ausgegangen wird, dass die Preisanalyse tatsächlich unterschiedliche Wettbewerbs- bzw. Preisstrukturen innerhalb des Bundesgebiets nahelegt, stellt sich die Frage, inwiefern die von den Gutachtern aufgestellten Kriterien zur geographischen Marktabgrenzung tatsächlich dazu geeignet sind, einen Markt abzugrenzen, für den die festgestellten Wettbewerbs- bzw. Preisstrukturen tatsächlich charakteristisch sind.

Denn während Markt 1 insgesamt 455 Gemeinden umfasst, wurden von der A1TA in nicht einmal der Hälfte dieser Gemeinden überhaupt regionale Aktionen gesetzt – das Hauptargument, dass von den Gutachtern zuvor vorgebracht wurde, um überhaupt von unterschiedlichen Wettbewerbsstrukturen zu sprechen. Darüber hinaus wird selbst von den verbliebenen 42 % der

¹⁵ Vgl. EuGH 02.04.2009, C-202/07 P (*France Télécom SA / EU-Kommission*) 56.

¹⁶ Ibid. 107 ff

Gemeinden, in denen die A1TA regionale Aktionspreise setzt, nur für die Landeshauptstädte und das Bundesland Salzburg überhaupt analysiert, wie sich die Preise der A1TA gegenüber jenen der lokalen Festnetzbetreiber entwickelt haben. In sämtlichen anderen Regionen (z.B. Ybbstal, Thayatal, etc.) fehlen diese Erhebungen wie bereits ausgeführt gänzlich.

Es ist daher nicht anzunehmen, dass der anhand der vorgeschlagenen Kriterien abgegrenzte Markt 1 tatsächlich in sich geschlossen homogene Wettbewerbsstrukturen aufweist, die sich ausreichend vom übrigen Bundesgebiet unterscheiden, um diesen Markt selbstständig zu betrachten bzw. zu deregulieren. Selbst bei Annahme von heterogenen Wettbewerbsverhältnissen im Bundesgebiet, würden die angewandten Kriterien daher jedenfalls nicht zu homogenen regionalen Märkten führen.

Letztlich erscheint es zudem sachlich nicht gerechtfertigt, die beiden Bundesländer Wien und Salzburg zur Gänze Markt 1 zuzuordnen. Da die Gutachter für ihre Marktabgrenzung von der Gemeindeebene ausgehen erscheint es geboten, eine bestimmte Gemeinde nur dann einem Markt zuzuordnen, wenn die von den Gutachtern selbst aufgestellte Kriterien auf diese Gemeinde bzw. diesen Bezirk auch zutreffen. Das ist jedoch sowohl in Wien als auch Salzburg nicht für das gesamte Bundesland der Fall, insbesondere da weder der lokale Kabelnetzbetreiber Magenta noch die Salzburg AG in Wien bzw. Salzburg über ein flächendeckendes Kabelnetz verfügen.

- Zur Marktanteilsschwelle von 50 %

Während die Telekom-Control-Kommission selbst in der Vergangenheit – auch auf Vorschlag der Amtsgutachter – von 40 % als relevantem Schwellenwert für das Vorhandensein von effektivem Wettbewerb ausging, gehen die Gutachter im vorliegenden Dokument davon ab und regen an, zur Abgrenzung von Markt 1 eine Schwelle von 50 % vorzusehen. Die Gutachter begründen diese Änderung damit, dass der Marktanteil der A1TA im Privatkundenbereich generell in den letzten Jahren eine sinkende Tendenz aufweisen würde, und daher eine Schwelle von 50% besser geeignet sei – offenbar da man davon ausgeht, dass der Marktanteil der A1TA auch in den nächsten Jahren weiter sinken wird.

Dieser Argumentation ist in mehrfacher Hinsicht zu widersprechen.

Zunächst erscheint es sachlich unbegründet anzunehmen, dass sich die Tendenz der vergangenen Jahre auch in den für die Marktanalyse relevanten nächsten 5 Jahre linear fortschreibt. Vielmehr erscheint es, auch unter Einbeziehung der mobilen Breitbandprodukte mit monatlicher Flat-Rate, naheliegend anzunehmen, dass die A1TA vor allem am Mobilfunkmarkt ihre Marktanteile halten oder sogar ausbauen könnte. Insbesondere im Zuge des aktuellen 5G-Ausbaus hat die A1TA als einziger vertikal integrierter Anbieter mit einem bundesweit flächendeckenden Festnetz, die Möglichkeit 5G-Basisstationen zu niedrigen Kosten rasch zu verbinden und so schneller einen flächendeckenden 5G-Ausbau sicherzustellen. Der damit verbundene first-mover Vorteil wird aller Voraussicht nach zumindest zu einem leichten Kundenzustrom zu A1TA führen, wodurch anzunehmen ist, dass der Marktanteil der A1TA bis zur nächsten Marktanalyse sogar steigt.

Am Festnetzmarkt profitiert die A1TA wiederum weiterhin von ihrem Alleinstellungsmerkmal als einziger Betreiber mit einem bundesweiten Festnetz. Auf diesem Markt hält die A1TA auch weiterhin

weit über 50 % Marktanteil und wird in dieser Marktmacht lediglich durch ihr luxemburgisches Pendant geschlagen. Aufgrund der damit verbundenen Vorteile (Kundenbindung durch Vergabe einer eigenen E-Maildomain, lange bestehende Kundenverträge, etc.) ist abzusehen, dass sie ihren hohen Marktanteil in weiterer Folge selbst bei Migration auf FTTH Open Access Netze nicht verlieren wird, und somit ihre Marktmacht auch auf Glasfasernetze überträgt.

Auch die Daten der RTR selbst zeigen in Abb. 29, dass der Marktanteil der A1TA seit Mitte 2017 um lediglich 2 % gesunken ist, und seit Anfang 2019 sogar de facto konstant geblieben ist. Es ist daher sachlich unbegründet von einer generell sinkenden Tendenz zu sprechen. Auch Gerpott kommt in seiner Studie zur ON 235 zu dem Ergebnis, dass selbst bei Heranziehung der historischen durchschnittlichen quartalsbezogenen Veränderungsrate - die wie ausgeführt nicht zwingend in den kommenden Jahren fortgeschrieben werden muss - der Marktanteil der A1TA sich auch Ende 2025 noch auf rund 45 % belaufen würde.

Die ISPA fordert daher, dass im Einklang mit der bisherigen Spruchpraxis der TKK sowie mangels sachlicher Rechtfertigung hiervon abzugehen, an der Schwelle von 40 % festgehalten wird, und jedenfalls nur solche Gemeinden Markt 1 zugeordnet werden, in welchen der Marktanteil der A1TA unter 40 % liegt.

- Zum Erfordernis eines zusätzlichen Festnetzanbieters mit 75 % Netzabdeckung

Als Begründung zur Heranziehung dieses Kriteriums führen die Gutachter an, dass die Marktanteile der A1TA vor allem dort geringer sind, wo sie zumindest mit einem alternativen Festnetzanbieter in Wettbewerb steht. Hierzu ist zunächst anzumerken, dass dies nicht die einzige Begründung sein kann, da – sofern lediglich die Marktanteile ausschlaggebend sind – hierzu bereits die Marktanteilsschwelle auf Gemeindeebene ausreichen würde.¹⁷

Darüber hinaus setzen die Gutachter aber auch das Preissetzungsverhalten der A1TA in direktem Zusammenhang mit dem Vorhandensein eines alternativen Festnetzanbieters. Während dieses Argument an und für sich zu hinterfragen ist (siehe hierzu oben) wäre es, selbst wenn man dem Argument folgt, erforderlich, dass der lokale Festnetzanbieter auch über einen Mindestmarktanteil verfügt, da erst dann überhaupt Preisdruck ausgeübt werden könnte.

Die ISPA schlägt daher vor, als zusätzliches Kriterium vorzusehen, dass der Festnetzanbieter über einen Mindestmarktanteil von 25 % in der Gemeinde verfügt.

3. Die Abgrenzung eines eigenen Markts für Geschäftskundenprodukte sollte näher spezifiziert werden

In Zukunft soll nach Ansicht der Gutachter der Markt für den lokalen und zentralen Zugang in einen Vorleistungsmarkt für Privatkundenprodukte und einen Vorleistungsmarkt für

¹⁷ Da nach diesem Konzept die Schnittmenge an Gemeinden, in denen die A1TA einen Marktanteil von weniger als 50 % hat, jedenfalls auch jene Gemeinden umfasst, in welchen zumindest ein weiterer Festnetzanbieter für 75 % der Haushalte vorhanden ist.

Geschäftskundenprodukte aufgeteilt werden. Insbesondere angesichts der Tatsache, dass angedacht ist, die A1TA – anders als im Privatkundenmarkt - weiterhin zu einem bundesweiten Angebot von Vorleistungen für Geschäftskundenprodukte zu verpflichten, sind klare Kriterien zur Bestimmung dieser Vorleistungen essenziell. Wie die Gutachter auch selbst unter 4.1.11. erkennen, unterscheidet die A1TA jedoch im Rahmen der virtuellen Entbündelung bislang nicht zwischen Vorleistungen für Privatkunden- und Geschäftskundenprodukte.

Leider wird auch von den Gutachtern selbst keine genaue Definition eines Geschäftskundenprodukts auf Vorleistungsebene vorgenommen. Die Abgrenzung der beiden Märkte voneinander erfolgt vielmehr ausschließlich auf Endkundenebene, indem Geschäftskundenprodukte im Wesentlichen als Produktbündel mit zahlreichen anderen Dienstleistungen definiert werden. Daraus ist jedoch nicht ersichtlich, zu welchen Vorleistungen die A1TA genau verpflichtet werden muss, um Wettbewerb auf diesem Markt sicherzustellen.

Im Sinne der Rechtssicherheit sollten daher klare Kriterien in den Regulierungsbescheid aufgenommen werden, welche Vorleistungen für Geschäftskundenprodukte die A1TA bundesweit zu erbringen hat. Damit soll vermieden werden, dass wie derzeit bereits angedacht die A1TA die Parameter eines Geschäftskundenprodukts selbst festlegt.¹⁸

Als geeignete Parameter, zusätzlich zu den bislang im Standardangebot über die virtuelle Entbündelung festgelegten Zugangsleistungen, würden sich dabei Verbesserungen in den SLAs anbieten, wie insbesondere verkürzte Entstörungszeiten von vier bis sechs Stunden, unabhängig vom Wochentag. Nur für den Fall, dass diese zusätzlichen Parameter vorgesehen werden, würden auch die unter Punkt 4. vorgesehenen höheren Entgelte für Geschäftskundenprodukte gerechtfertigt erscheinen. In jedem Fall sollte jedoch analog zum Standardangebot betreffend breitbandige Internetzugangslösungen gelten, dass die entsprechenden Produkte von sämtlichen Kunden nachgefragt werden können, ohne dass ein Unternehmensnachweis gegenüber der A1TA erbracht werden müsste.

4. Zur Aufhebung der Pflicht zur physischen Entbündelung der Anschlussleitung

Die Gutachter gehen davon aus, dass sich der Trend der letzten Jahre fort schreibt und eine vollständige Umstellung sämtlicher Anschlüsse, die derzeit über die physische Entbündelung realisiert werden, bis 2023 ermöglicht wird. Dieser Hoffnung kann sich die ISPA jedoch nicht anschließen, da weiterhin eine Vielzahl an Endkundenprodukten mit der virtuellen Entbündelung entweder technisch oder wirtschaftlich nicht nachgebaut werden können und die virtuelle Entbündelung daher weiterhin kein gleichwertiger Ersatz für die physische Entbündelung ist. Darüber hinaus sind weiterhin zahlreiche ARUs nicht ausgebaut und daher VDSL gar nicht erst bestellbar.

Die im Regulierungsbescheid M 3/09-103 erstmals als Zugangspflicht vorgesehene virtuelle Entbündelung war im Wesentlichen ein großes Entgegenkommen für das marktbeherrschende

¹⁸ Vgl die Aufnahme neuer „Business VE-Services“ im A1 Telekom Austria, „Standardangebot betreffend die virtuelle Entbündelung“ (Stand 26. März 2021)

Unternehmen, um das Potential der Kupfertechnologie durch Vectoring ab HVt noch weiter auszunutzen und nicht in (kostenintensivere) FTTH-Technologie investieren zu müssen. Entgegen den Hoffnungen der Regulierungsbehörde,¹⁹ hat sich dieses Vorleistungsprodukt jedoch nie zu einem vollständigen Ersatz für die anderen Vorleistungsprodukte, speziell die physische Entbündelung entwickelt.

Wäre von Beginn der Liberalisierung des Telekommarktes an nur die virtuelle Entbündelung verfügbar gewesen ist stark anzunehmen, dass sich niemals die vielfältige Betreiberlandschaft etabliert hätte die heute existiert. Denn die virtuelle Entbündelung bietet nicht die notwendige Flexibilität, die es gerade kleinen und mittelgroßen Unternehmen erlaubt, ein auf ein bestimmtes Kundenprofil zugeschnittenes Portfolio an Endkundenangeboten zu etablieren.

Diese Anbieter stehen nun vor dem Problem, die mittels physischer Entbündelung hergestellten Endkundenanschlüsse nicht auf die virtuelle Entbündelung übertragen zu können, da es kein gleichwertiges vULL Produkt gibt und der Kunde daher entweder auf erhebliche Bandbreite verzichten oder einen weitaus höheren Preis für das gleiche Produkt zahlen müsste. Ohne eine entsprechende Lösung wird es für die Betreiber äußerst schwierig diese Kunden zu halten, und ist bei zu starkem Kundenverlust aufgrund der Umstellung eine weitere Konzentrierung des Marktes zu befürchten.

Probleme bestehen insbesondere bei symmetrischen Bandbreitenprofilen. Derzeit können bei der physischen Entbündelung durch Entbündelung von bis zu acht Doppeladern symmetrische Bandbreiten von bis zu 44,5 Mbit/s erreicht werden. Hierfür existiert kein adäquater Ersatz bei der virtuellen Entbündelung, da derzeit nur maximal 25 Mbit/s symmetrisch angeboten werden, in vielen Fällen jedoch nur maximal vier Anschlussleitungen gebündelt werden können und daher maximal 16 Mbit/s symmetrisch bestellt werden kann. Dadurch können gerade für Geschäftskunden wichtige hohe symmetrische Bandbreitenprofile bei der virtuellen Entbündelung nicht nachgebildet werden.

Darüber hinaus, können bei der virtuellen Entbündelung mit der gleichen Anzahl an Anschlussleitungen vor Ort grundsätzlich nur niedrigere symmetrische Bandbreiten als bei der physischen Entbündelung angeboten werden. Zwar könnten die Produkte auch mit mehr Anschlussleitungen nachgebildet werden - zumindest bis 16/16 Mbit/s – damit wären aber höhere Entgelte verbunden. Daneben ist auch in vielen Fällen nicht gesichert, dass vor Ort überhaupt mehr Anschlussleitungen verfügbar sind. Auf Nachfrage kann die ISPA hierzu der Regulierungsbehörde auch konkrete Beispiele zur Verfügung stellen.

Gerade um einen gleichwertigen Umstieg auf die virtuelle Entbündelung zu ermöglichen und sicherzustellen, dass die virtuelle Entbündelung tatsächlich als vollwertiger Ersatz für die physische Entbündelung dient, sollten in Hinkunft daher zumindest symmetrische Bandbreitenprofile bis zu 40/40 im Rahmen der virtuellen Entbündelung angeboten werden. Angesichts der Tatsache, dass die A1TA im Bereich der asymmetrischen Bandbreiten bereits heute mehr als 40 Mbit/s im Upload anbietet, sollte ein solches Profil ohne Schwierigkeiten technisch realisierbar sein. Um gerade auch

¹⁹ Vgl Telekom-Control-Kommission, 06.09.2010, M 3/09-103 Spruchpunkt 5.1.4.

die Flexibilität der physischen Entbündelung bestmöglich nachzubilden, sollten darunter auch weitere symmetrische Profile zumindest für 30 Mbit/s und 35 Mbit/s eingeführt werden.

Auch bei asymmetrischen Bandbreitenprofilen bestehen derzeit jedoch Probleme, einen Dienst gleichwertig von der physischen auf die virtuelle Entbündelung zu migrieren. Zum einen ist es oft nicht möglich nach Umstellung auf die virtuelle Entbündelung bei gleicher Downloadbandbreite auch die gleiche Uploadbandbreite anzubieten. Vielmehr wäre es dafür notwendig, ein höheres Bandbreitenprofil zu höheren Kosten zu buchen. Daneben besteht aber auch im niedrigen Bandbreitenbereich ein Problem mangels Verfügbarkeit eines 16/1 Mbit/s Bandbreitenprofils den damit derzeit korrespondierenden uLL Dienst migrieren zu können. Sollte die A1TA für diese Fälle nicht ein eigenes neues vULL Bandbreitenprofil einführen, sollte dem ANB zumindest ermöglicht werden, das nächsthöhere Bandbreitenprofil zum bestehenden Preis für die physische Entbündelung zu bestellen.

Angesichts der Tatsache, dass derzeit noch über 50.000 physische entbündelte Leitungen bestehen, für die vorgebrachten Probleme erst Lösungen erarbeitet werden müssen und viele ARUs noch gar nicht ausgebaut sind, um VDSL zu bestellen, sollte darüber hinaus auch die Übergangsfrist von 2,5 auf 5 Jahre ausgedehnt werden. Dies würde es der Regulierungsbehörde ermöglichen, im Rahmen des nächsten Marktanalyseverfahrens zu prüfen, ob die Umstellung von der physischen auf die virtuelle Entbündelung für die ANBs tatsächlich kostenneutral – also der gleiche Dienst weiterhin zum gleichen Entgelt angeboten werden kann – möglich war, und im Fall, dass dies nicht so ist durch neue Regularisierungsaufgaben gegenzulenken.

- Zu den Kollokationsrückbaukosten

Die ISPA begrüßt ausdrücklich, dass die Gutachter, die bereits seit Jahren bestehende Problematik der hohen Kollokationsrückbaukosten erkennen und aufgrund dessen in Punkt 5.1.3.2., vorsehen, dass die im Rahmen des Kollokationsrückbaus entstehenden Kosten zu gleichen Teilen zwischen A1TA und dem betreffenden ANB aufgeteilt werden sollen. Wie auch von den Gutachtern erkannt profitiert vor allem die A1TA selbst von der Migration auf die virtuelle Entbündelung und dem damit einhergehenden Kollokationsrückbau und es erscheint daher sachgerecht, dass die A1TA auch 50 % der damit einhergehenden Kosten übernimmt.

Mit jedem Kollokationsrückbau sind jedoch auch erhebliche personelle Kosten auf Seiten des ANBs verbunden, auf die in den Ausführungen im Gutachten leider nicht eingegangen wird, die in Summe jedoch den von A1TA in Rechnung gestellten Aufwänden entsprechen. Ohne diese zu berücksichtigen würden daher nur 25 % der Gesamtkosten durch die A1TA ersetzt werden. Damit gewährleistet ist, dass tatsächlich 50 % aller mit dem Kollokationsrückbau verbundenen Kosten von der A1TA getragen werden, sollten auch die ANB-internen Kosten zu 50 % von der A1TA übernommen werden.

Um den administrativen Aufwand gering zu halten regt die ISPA an, dass in Zukunft die A1TA daher dem ANB keine Kosten mehr für den Kollokationsrückbau verrechnet und der ANB weiterhin die personellen Aufwände trägt. Damit ist sichergestellt, dass im Durchschnitt von beiden Seiten jeweils 50 % der Gesamtkosten übernommen werden.

5. Bei Aufhebung der Regulierungsauflagen in Markt 1 sollte eine angemessene Übergangsfrist vorgesehen werden

Sofern trotz aller entgegenstehender Argumente dennoch an einer partiellen Deregulierung der Zugangsverpflichtungen in Markt 1 festgehalten wird, fordert die ISPA, dass analog zum Auslaufen der physischen Entbündelung sowie des Bitstream-Angebots auch eine Übergangsfrist für Bestandskunden von Privatkundenprodukten in Markt 1 vorgesehen wird.

Denn es ist anzunehmen, dass die A1TA – wie auch nach der Anpassung des Standardangebots über die virtuelle Entbündelung an die letzten Regulierungsbescheide M 1.5/15-115 bzw. M 1.6/15-117 – sämtliche bestehende Rahmenverträge mit ANBs aufkündigen wird und die ANBs zum Abschluss neuer Rahmenverträge basierend auf dem neuen Standardangebot auffordern wird. Gemäß Punkt 13.1. des aktuellen Standardangebots über die virtuelle Entbündelung, wäre die A1TA, sofern sie in Folge der Aufhebung der Regulierungspflichten die Rahmenverträge mit den ANBs kündigt, lediglich dazu verpflichtet bereits bestehende Einzelvereinbarungen längstens 18 Monate aufrecht zu erhalten.

Sofern in Hinkunft die Regulierungsauflagen in Markt 1 tatsächlich aufgenommen werden, würden somit die Einzelverträge für Anschlüsse in diesem Gebiet nach 18 Monaten enden, ohne der Gewissheit, dass von Seiten der A1TA ein Nachfolgeprodukt – auch ohne Regulierungsauflagen – angeboten werden wird, welches die Realisierung dieser Anschlüsse über die virtuelle Entbündelung weiterhin ermöglicht.

Dem ANB droht daher 18 Monate nach Kündigung der Rahmenverträge der Verlust sämtlicher Privatkunden und zahlreicher Geschäftskunden die Privatkundenprodukte beziehen in diesem Gebiet. Eine Realisierung der Business Cases, die, wie auch die Gutachter in Tabelle 11 festhalten, von einer durchschnittlichen Kundenbeholdedauer von 5 Jahren ausgehen, ist damit nicht mehr möglich wodurch dem ANB erhebliche, möglicherweise existenzbedrohende Verluste drohen. Bei Neukunden, die einen Vertrag kurz vor Kündigung des Rahmenvertrags abschließen könnte der vertragsgegenständliche Dienst nicht einmal mehr bis zum Ende der Mindestvertragsdauer angeboten werden.

Um es dem ANB zu ermöglichen, die Aufwände für die technische Realisierung des Anschlusses sowie die Akquise des Kunden wirtschaftlich auszugleichen – und damit zumindest keine Verluste zu machen – fordert die ISPA daher, dass eine Übergangsfrist von fünf Jahren für Bestandskunden zum Zeitpunkt der Kündigung des Rahmenvertrags in den Regulierungsbescheid aufgenommen wird.

6. Zur Berechnung der Entgelte in Markt 2 muss ein kostenorientierter Ansatz gewählt werden

Zur Berechnung der Höhe der Vorleistungsentgelte wird von den Gutachtern für den weiterhin regulierten Markt 2 des Markts für Privatkundenprodukte nicht von kostenorientierten Entgelten

ausgegangen, sondern weiterhin ein ERT Test herangezogen, um der A1TA mehr Flexibilität bei der Preisgestaltung zu erlauben.

Eine der Voraussetzungen zur Nichtauferlegung von kostenorientierten Entgelten bei NGA Bandbreiten ist jedoch, dass „das Vorhandensein alternativer Infrastrukturen nachweislich zu einer Dämpfung der Endkundenpreise führt.“²⁰ Bislang wurde stets argumentiert, dass aufgrund von der Verhängung von kostenorientierten Entgelten abgesehen wird, da eingeschränkter Wettbewerbsdruck durch alternative Festnetzbetreiber besteht. Während in den vergangenen Regulierungsbescheiden dieses Kriterium insofern erfüllt war, als dass sich der Markt auf das gesamte Bundesgebiet ausgestreckt hat, soll nun jedoch nach Ausführungen der Gutachter gerade nur jener Markt reguliert werden, in dem gerade kein alternativer Festnetzbetreiber vorhanden ist, der Preisdruck auf die A1 Telekom Austria ausübt.

Aufgrund dessen sind nach Ansicht der ISPA die Voraussetzungen zur Nichtauferlegung von kostenorientierten Entgelten nicht mehr erfüllt und sehr wohl die Gefahr besteht, dass die A1TA überhöhte Preise verlangt. Daher sollten analog zu den Entgelten für symmetrischen Bandbreiten auch für asymmetrische Bandbreiten kostenorientierte Entgelte für Markt 2 vorgesehen werden.

7. Die Parameter zur Berechnung der ERT Entgelte sollten angepasst werden

Sofern entgegen der Ausführungen unter Punkt 4 die Berechnung der Entgelte dennoch mittels ERT-Ansatzes erfolgt, möchte die ISPA jedoch auch zu den dazu herangezogenen Parametern Stellung nehmen:

Wie die Gutachter ausführen, wird bei den Berechnungen vom „effizientesten Betreiber“ ausgegangen, und hierfür die von A1TA, Magenta und H3A übermittelten Daten herangezogen, wobei idR der niedrigste Wert übernommen wird.

Während es bereits selbst für die großen ANBs nicht möglich ist auf diese Weise zu wirtschaften – da Kostenreduktionen in einem Bereich oftmals mit höheren Kosten in einem anderen Bereich verbunden sind – ist es evident, dass kleinere ANBs ohne die notwendigen Skalenvorteile überhaupt nicht dazu in der Lage sind, wie ein solcher effizienter Betreiber zu agieren. Dies zeigt sich etwa bei dem Kostenpunkt „DSLAM Management Entgelte“ (Abb. 16), welche erst bei mehr als 9 Teilnehmern pro DSLAM günstiger werden. Viele ANBs verfügen jedoch nicht über mehr als 9 Teilnehmer pro DSLAM und haben daher entsprechend höhere DSLAM-Entgelte pro Anschluss – selbst unter Berücksichtigung der 1/9-Regelung. Für viele dieser Betreiber werden sich die durchschnittlichen DSLAM-Entgelte in den nächsten Jahren auch noch weiter erhöhen, da sie aktuell noch zahlreiche migrierte VE-Services nutzen, bei welchen sich die Entgelte noch nicht erhöht haben und noch kein DSLAM-Entgelt berechnet wird. Ebenso erwerben größere Anbieter idR oft eine hohe Stückzahl an

²⁰ Empfehlung der Kommission vom 11. September 2013 über einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verbesserung des Umfelds für Breitbandinvestitionen (2013/466/EU) Rz 48 letzter Satz

Modems und können so günstigere Preise pro Modem mit den Herstellern verhandeln (Abb. 18). Auch diese Möglichkeit besteht für kleine Unternehmen nicht.

Am Ende führen die angewandten Parameter somit zu maximalen Vorleistungsentgelten, die zu einem klaren negativen GAP bei kleineren ANBs führen und es sich somit um keine margin-squeeze freien Entgelte mehr handelt.

Die ISPA fordert daher, dass bei der Berechnung der Kosten die durchschnittliche Größe eines ANBs mitberücksichtigt wird und dementsprechende Werte in die Berechnung der Kostenpositionen mitaufgenommen werden.

8. Der kostenorientierte Ansatz bei symmetrischen Bandbreiten ist zu begrüßen

Die ISPA begrüßt ausdrücklich, dass die Entgelte für symmetrische Bandbreiten der virtuellen Entbündelung in Hinkunft kostenorientiert festgelegt werden sollen. Dies ist insofern nur schlüssig, als dass für symmetrische Bandbreiten keinerlei Wettbewerbsdruck durch andere Anschlusstechnologien besteht und die A1TA daher bislang weitaus überhöhte Endkunden- bzw. Vorleistungspreise verlangen konnte.

Aus dem gleichen Grund sollten jedoch – sofern die vorgesehene Marktabgrenzung im Privatkundenmarkt beibehalten wird – auch für asymmetrische Bandbreiten in Markt 2 wie bereits unter Pkt. 5 ausgeführt, kostenorientierte Entgelte vorgesehen werden.

9. Zum infrastrukturneutralen Angebot von Bandbreitenprofilen

Hinsichtlich der Umsetzung der virtuellen Entbündelung halten die Gutachter fest, dass die A1TA Bandbreitenprofile und Zwischenprofile grundsätzlich sowohl auf Kupfer- als auch auf Glasfaserinfrastruktur anbieten muss. Diese Feststellung ist nach Ansicht der ISPA bereits aufgrund der Tatsache, dass in Punkt 4.1.7. auch Vorleistungen in Glasfaserzugangsnetzen in den Vorleistungsmarkt mitaufgenommen werden, nur schlüssig und daher entsprechend beizupflichten.

Insbesondere macht es wie auch von den Gutachtern festgehalten weder aus Endkunden- noch aus Nachfragersicht einen Unterschied, ob das Zugangsprodukt mittels DSL oder FTTH hergestellt wird. Es ist daher nur richtig, dass die A1TA verpflichtet wird, die virtuelle Entbündelung unabhängig von der genutzten Technologie zu den gleichen Entgelten anzubieten. Andernfalls wäre zu befürchten, dass die A1TA durch strategischen FTTH-Ausbau in bestimmten Regionen die Vorleistungspreise anheben könnte, um so wirtschaftlichen Druck auf die ANBs auszuüben.

10. Sämtliche VE-Services sollten über das gleiche DSLAM-Management bestellbar sein

Die ISPA begrüßt die Ausführungen der Gutachter in Punkt 5.3.1.1 wonach ein ANB nicht dazu verpflichtet werden kann, mehrere unterschiedliche DSLAM-Managements zu nutzen, da hierdurch

erhebliche zusätzliche Kosten für Einrichtung und Verkehrsübergabe für den ANB anfallen würden, wodurch es diesem weiter erschwert wird zu kompetitiven Preisen am Endkundenmarkt anzubieten. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch der Inhalt des aktuellen Standardangebots der A1TA vom 26. März 2021, wonach bestimmte Business-VE-Services nur mittels B-DSLAM-Management möglich sind, zu hinterfragen.

Anstelle eines Verbots, zwei oder mehrere DSLAM-Managements vorzusehen, regt die ISPA jedoch die Aufnahme einer positiven Verpflichtung an, wonach die A1TA, sämtliche VE-Services mittels des gleichen DSLAM-Managements zu ermöglichen hat. Dies ist gerade deshalb erforderlich, um zu gewährleisten, dass selbst im Fall einer Aufteilung in einen regulierten und deregulierten Markt, sämtliche VE-Services – sowohl aus dem regulierten Standardangebot als auch einem potentiellen kommerziellen Angebot für das deregulierte Gebiet - weiterhin über das gleiche DSLAM-Management realisiert werden können. Da auch bislang sämtliche VE-Services auf Basis desselben DSLAM-Managements erbracht wurden erscheint es naheliegend, dass dies in der Praxis auch durchführbar sein sollte. Ob einem Kunden gegen Aufpreis ein anderes DSLAM-Management angeboten wird sollte hingegen in der Produktgestaltungsfreiheit des ANBs liegen.

11. Die Anforderungen an die elektronische Schnittstelle sollten erweitert werden

Hinsichtlich der in Punkt 5.3.3.3 vorgesehenen SLAs begrüßt die ISPA ausdrücklich, dass nun auch eine Pönale für die Unterschreitung der monatlichen Verfügbarkeit der elektronischen Schnittstelle vorgesehen werden soll.

Angesichts der Tatsache, dass der Durchschnittswert der monatlichen Verfügbarkeit bei 99 % liegt, fordert die ISPA jedoch, dass bereits ein Unterschreiten der monatlichen Verfügbarkeit von 99 % pönalisiert wird. Damit sollte sichergestellt werden, dass die Einhaltung der Verfügbarkeit im bisherigen Ausmaß auch weiterhin abgesichert ist.

Darüber hinaus fordert die ISPA, dass technische Änderungen in der Schnittstelle nicht nur vorab angekündigt werden müssen, sondern es den ANBs auch ermöglicht wird, einen Monat vor der Umsetzung der technischen Änderungen mit Hilfe einer Testschnittstelle die intern vorgenommenen Änderungen zu testen, um etwaige negative Auswirkungen auf die Bestellprozesse zu vermeiden.

Ferner sollte auch für eine gewisse Dauer die Rückwärtskompatibilität gewährleistet werden, es einem ANB also möglich sein, auch mit den bisherigen internen IT-Abläufen Bestellungen durchführen zu können. Andernfalls wäre die A1TA in der Lage, durch häufige technische Änderungen der Schnittstelle die ANBs erheblich unter Druck zu setzen.

12. Im Rahmen des Bestellprozesses sollte eine manuelle Adresseingabe ermöglicht werden

In der Vergangenheit ist es vermehrt vorgekommen, dass Bestellungen aufgrund von Fehlern in der Adressdatenbank der A1TA leider nicht möglich waren. Davon betroffen sind speziell

Geschäftslokale sowie Wohnhäuser mit mehreren Stiegen, welche in der Adressdatenbank der A1TA falsch hinterlegt waren.

Um dies in Zukunft zu vermeiden regt die ISPA an die A1TA dazu zu verpflichten, zusätzlich eine manuelle Adresseingabe im Rahmen des Bestellprozesses zu ermöglichen, die es einem ANB erlaubt, eine Bestellung zu einer bestimmten Adresse durchzuführen, selbst wenn diese Adresse nicht in der Adressbasis aufscheint. Der ANB würde in diesem Fall das Risiko für die korrekte Eingabe tragen.

13. Von der Zugangspflicht sollten sämtliche entbündelbaren Anschlussleitungen erfasst werden

Die ISPA begrüßt die Klarstellung der Gutachter in Punkt 5.3.1.1, wonach Anschlussleitungen, auf denen ein A1 einen Ether Link Service erbringt, ebenfalls von der Zugangspflicht umfasst sind, da es diesbezüglich in der Vergangenheit immer wieder zu Missverständnissen gekommen ist.

Angesichts der Tatsache, dass die virtuelle Entbündelung ursprünglich jedoch als gleichwertiger Ersatz für die physische Entbündelung vorgesehen wurde – und auch nur deshalb im Rahmen des Regulierungsbescheids M 3/09-103 erstmals auferlegt wurde - fordert die ISPA, dass von den Zugangspflichtigen sämtliche entbündelbare Anschlussleitungen umfasst sind, unabhängig von dem darauf von der A1TA erbrachten Dienst, also etwa auch Leitungen auf welchen die A1TA selbst Multiprotocol Label Switching (MPLS) erbringt.

14. Die Verwertbarkeit von Aktionsangeboten sollte verbessert werden

Die ISPA begrüßt, dass unter Punkt 5.3.1.1. nun erstmals auch Anforderungen an Aktionsangebote gestellt werden und vorgesehen wird, dass die wesentlichen Parameter klar ersichtlich und einfach zugänglich sein müssen, um vollständige Transparenz sicherzustellen.

Derzeit wird die Verwertbarkeit der Aktionsangebote der A1TA jedoch insbesondere auch durch die fehlende Maschinenlesbarkeit der Angebote, die als PDF und zum Teil sogar als eingescanntes Dokument verschickt werden, erheblich erschwert. Die ISPA ersucht daher, dass die wesentlichen Parameter nicht nur klar ersichtlich und einfach zugänglich, sondern darüber hinaus auch einfach weiter zu verwerten sein müssen, indem diese in einem maschinenlesbaren Format (z.B. als .csv Datei) bereitgestellt werden.

Die ISPA hofft auf die Berücksichtigung ihrer Bedenken und Anregungen und steht für Rückfragen jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen,

ISPA - Internet Service Providers Austria

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Charlotte Steenbergen".

Mag. Charlotte Steenbergen

Generalsekretärin

Die ISPA – Internet Service Providers Austria – ist der Dachverband der österreichischen Internet Service-Anbieter und wurde im Jahr 1997 als eingetragener Verein gegründet. Ziel des Verbandes ist die Förderung des Internets in Österreich und die Unterstützung der Anliegen und Interessen von über 200 Mitgliedern gegenüber Regierung, Behörden und anderen Institutionen, Verbänden und Gremien. Die ISPA vertritt Mitglieder aus Bereichen wie Access, Content und Services und fördert die Kommunikation der Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmer untereinander.

An die
Telekom-Control-Kommission (TKK)
z.H. Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH
Mariahilferstraße 77-79
1060 Wien

E-Mail: rtr@rtr.at

Wien, am 14. März 2022

ISPA STELLUNGNAHME ZUM VORBRINGEN VON A1 TELEKOM AUSTRIA AG VOM 21.12.2021 IM VERFAHREN M 1.1/20

Sehr geehrte Damen und Herren,

die ISPA erlaubt sich, folgende Stellungnahme zum Vorbringen von A1 Telekom Austria AG (A1TA) vom 21.12.2021 (ON 62) im Verfahren M 1.1/20 abzugeben.

1. Kommerzielle Vereinbarungen mit Marktteilnehmern (zu Punkt 1 des Vorbringens von A1TA)

1.1 Allgemeines

Einleitend möchte die ISPA festhalten, dass das Vorliegen der in das Verfahren eingebrachten Verträge „Virtuelle Entbündlung 2.0“ sowie „VHCN Vertrag – Einzellösung“ und „VHCN Vertrag – Poollösung“ nichts an den im „Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 1/20 Markt für den lokalen und zentralen Zugang“ (ON 3) festgestellten Wettbewerbsdefiziten ändert. Insbesondere ist nicht anzunehmen, dass aufgrund der vorgelegten Vereinbarungen bereits selbsttragender bzw. effektiver Wettbewerb herrscht.

Die wesentlichen Kriterien zur Bestimmung der Wettbewerbsdefizite bzw. der Marktbeherrschung durch A1TA, nämlich die Marktanteile von A1TA und deren voraussichtliche Entwicklung sowie die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur bleiben durch das vULL 2.0 Abkommen grundsätzlich unberührt. Hinsichtlich der Marktzutrittsschranken wiederum ist darauf hinzuweisen, dass wie auch im Wirtschaftlichen Gutachten selbst erläutert wird, diese nur dann als niedrig anzusehen wären, wenn der Zugang zu virtueller Entbündelung im Netz der A1 zu „gleichen oder ähnlichen Bedingungen wie gegenwärtig sichergestellt ist“.¹ Wie in den weiteren Punkten ausgeführt

¹ Hartl/Pisjak/Schramm/Schwarz, *Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 1/20 Markt für den lokalen und zentralen Zugang* (ON 003) S. 91.

wird, wäre dies gerade nicht der Fall, da der Zugang im Vergleich zum Status Quo eingeschränkt werden würde und sich die Entgelte erheblich steigern.

Dies führt zu dem Ergebnis, dass A1TA auch trotz der vorgelegten Verpflichtungen weiterhin marktbeherrschendes Unternehmen am Privatkundenmarkt zumindest in den von den Gutachtern unter „Markt 2“ zusammengefassten Gemeinden sowie bundesweit am Markt für Geschäftskundenprodukte ist. Gemäß § 89 Abs. 1 TKG 2021 hat die Regulierungsbehörde der A1TA daher als marktbeherrschendem Unternehmen weiterhin spezifische Verpflichtungen nach §§ 91 bis 96, 98, 99, 103 und 104 TKG 2021 aufzuerlegen.

Wie in weiterer Folge noch gezeigt wird, ignoriert A1TA bislang jedoch gänzlich die umfassenden Feststellungen der von der TTK beauftragten Amtsgutachter, die in ihrem Wirtschaftlichen Gutachten (ON 003) bereits entsprechende Verpflichtungen vorgeschlagen haben, und versucht, durch die Vorlage eigener Verträge Fakten zu schaffen. Wie auch der am 20.12.2021 beschlossene Gutachtensauftrag zeigt, ist zu befürchten, dass nun diese Verträge als (neue) Diskussionsgrundlage herangezogen werden, anstelle dass weiterhin von den im Rahmen der Gutachten als notwendig erachteten spezifischen Verpflichtungen ausgegangen wird.

1.2 Vertragsverhandlungen

Zunächst möchte die ISPA das äußerst intransparente und selektive Vorgehen von A1TA kritisieren, da die Verhandlungen im Vorfeld lediglich mit einzelnen ausgewählten Vertragspartnern geführt wurden. Es wäre wünschenswert gewesen, hier frühzeitig den Austausch mit den Vorleistungspartnern zu suchen, um einen möglichst breiten Konsens zu finden, wobei sich die ISPA gerne zur Vermittlung bereit erklärt hätte. Möglicherweise hätten dadurch Unklarheiten und Probleme mit den vorliegenden Verträgen bereits in einem früheren Stadium beseitigt werden können. Leider wurde die ISPA erst kurz vor Einbringung der Verträge in das laufende Verfahren erstmals für einen entsprechenden Austausch kontaktiert. Trotz dieser äußerst späten Einbindung hat die ISPA die Verträge im Detail analysiert und Kritikpunkte ausgearbeitet, sowie zahlreiche Verbesserungsvorschläge erstellt, die sicherstellen sollen, dass der Zugang für ANBs auch weiterhin zu gleichen oder ähnlichen Bedingungen wie gegenwärtig möglich sein wird. Diese Kritikpunkte und Verbesserungsvorschläge werden unter Punkt 2. und 3. noch näher ausgeführt.

Leider gab es im Rahmen dieser Gesprächsrunden seitens A1TA jedoch keinen Spielraum mehr, um noch signifikante Änderungen an den Vertragskonditionen vorzunehmen, weshalb es sich dabei auch um keine Vertragsverhandlungen mehr im eigentlichen Sinne gehandelt hat. Vielmehr beschränkte sich A1TA darauf, die erst von ihr selbst geschaffenen, nicht hinnehmbaren Auswirkungen der neuen Vertragskonditionen auf Bestandskunden, teilweise und geringfügig abzufedern.

1.3 Unterschriften

Die ISPA möchte auch darauf hinweisen, dass der Anzahl der bereits unterzeichneten Verträge nur eine sehr eingeschränkte Aussagekraft zukommen sollte. Denn die Unterschriften sind weniger ein Zeichen für die Zufriedenheit des Marktes mit den in den Verträgen enthaltenen Konditionen, sondern das Ergebnis wirtschaftlicher Risikoabwägungen. Gerade kleinere Unternehmen wurden

von A1TA dazu aufgefordert bis zu einem bestimmten Stichtag die Verträge zu unterzeichnen, da andernfalls in Zukunft der Zugang zur Infrastruktur der A1TA nicht weiter garantiert werden kann (siehe auch Punkt 5.). Dies erscheint bereits insofern verwunderlich, als dass A1TA grundsätzlich stets behauptet hat auch in Zukunft, ohne regulatorische Auflagen, bundesweit Zugang zu ihrer Infrastruktur zu gewähren.

Darüber hinaus jedoch wurden ANBs auch durch zeitlich befristete Rabatte weiter unter Druck gesetzt, welche sie dazu animieren sollten, die Verträge möglichst rasch zu unterschreiben, ohne jedoch die Möglichkeit zu erhalten, über den Vertragsinhalt selbst mit A1TA zu verhandeln. Gerade auch in Anbetracht dieser zusätzlichen Nebenabreden (z.B. Rabatte, Unterstützung bei der Umstellung von noch bestehenden Bitstream/uLL Anschlüssen auf vULL, Übernahme eines Teils der Kollokations-Rückbaukosten etc.) muss daher bedacht werden, dass die betroffenen Vertragspartner in einer gesamthaften Betrachtung gerade nicht den aktenkundigen Verträgen zugestimmt haben. Eher ist anzunehmen, dass die unterzeichnenden Unternehmen die Verträge ohne diese zusätzlichen Benefits abgelehnt hätten. Bemerkenswert ist zudem, dass viele andere Anbieter, die von A1TA kontaktiert wurden, den Verträgen selbst mit den angebotenen Nebenabreden nicht zugestimmt haben. Der Grund besteht offenkundig darin, dass mit den vorfindlichen Konditionen keine kompetitive Marktteilnahme möglich ist. Das gilt umso mehr für kleinere Anbieter, die von den in den Verträgen enthaltenen Skaleneffekten (zB umsatzgebundene Rabattstaffeln) in keiner Weise profitieren würden. Aus diesem Grund ist auch der von A1TA vorgebrachte „Vorteil“, dass es sich bei den Vertragsentwürfen um ein bundesweites Angebot handeln würde, unbeachtlich. Denn ein Angebot mit Konditionen, die kein kompetitives Angebot ermöglichen, hat ungeachtet seines räumlichen Geltungsbereichs keine wettbewerbsregulierende Wirkung. Das Angebot sichert daher keinesfalls nachhaltigen Wettbewerb, wie dies von A1TA behauptet wird.

Aus der Anzahl der unterzeichnenden Unternehmen kann daher keine Aussage über die potenziellen Auswirkungen der aktenkundigen Verträge auf die Angemessenheit behördlicher Regulierungsaufgaben getroffen werden. Insbesondere aber kann daraus nicht abgeleitet werden, dass die alternativen Anbieter mit den Vertragskonditionen zur Gänze einverstanden sind, sondern sind die Unterschriften unter Druck und aufgrund von wirtschaftlichen Risikoabwägungen gesetzt worden.

1.3 Verfahren nach § 98 TKG

Mit dem TKG 2021 wurde in § 98 eine Bestimmung neu eingeführt, wonach im Marktanalyseverfahren Unternehmen, die als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurden oder mit großer Wahrscheinlichkeit als solches eingestuft werden, gegenüber der Regulierungsbehörde auch „Verpflichtungen“ anbieten können, mit welchen den Wettbewerbsproblemen begegnet werden soll. Die von A1TA vorgelegten Verträge fallen nach Ansicht der ISPA jedenfalls unter den Begriff „Verpflichtungen“ da gemäß Abs. 2 leg. cit. darunter explizit auch *Kooperationsvereinbarungen* verstanden werden, für deren Abschluss zwingend zumindest zwei Vertragsparteien notwendig sind. Es muss sich daher nicht zwingend um einseitige Verpflichtungen handeln. Auch, dass die deregulierende Wirkung von Ko-Investitionsabkommen nur dann eintritt, wenn dieses bei der Einreichung bereits von zumindest einem anderen Unternehmen

unterzeichnet worden ist (Abs. 9 leg. cit.) zeigt, dass der Gesetzgeber den Begriff „Verpflichtungen“ in § 98 keinesfalls auf einseitige Verpflichtungen seitens A1TA einschränken wollte.

Die von Seiten des marktbeherrschenden Unternehmens vorgelegten Verpflichtungen sind von der Regulierungsbehörde in ihrer Entscheidung entsprechend zu würdigen und bei Vorliegen bestimmter Kriterien für einen bestimmten Zeitraum für bindend erklären (§ 98 Abs. 7 TKG). In diesem Fall hat sie die nunmehr bindenden Verpflichtungsangebote auch bei ihrer Entscheidung über die Angemessenheit der regulatorischen Verpflichtungen, die sie auferlegt hat oder aufzuerlegen beabsichtigt hätte, zu berücksichtigen (§ 98 Abs. 8 TKG)

Aus dem Gesetzeswortlaut folgt daher, dass auf Basis der vorgelegten Verträge die Angemessenheit der auferlegten bzw. im Wirtschaftlichen Gutachten angedachten Regulierungsaufgaben geprüft werden muss, dies jedoch nur in Bezug auf die regulierungsbedürftigen Märkte. Es muss demnach geklärt werden, ob die im wirtschaftlichen Gutachten M1/20 für den bundesweiten Vorleistungsmarkt für Geschäftskundenprodukte sowie den regionalen Vorleistungsmarkt für Privatkundenprodukte angedachten Verpflichtungen auch weiterhin geeignet und angemessen sind, selbst wenn sich A1TA auf diesen Märkten zu den im vULL 2.0 enthaltenen Bedingungen verpflichtet. Der Umstand, dass vULL 2.0 darüber hinaus auch auf dem nicht als regulierungsbedürftig beurteilten Markt 1 gilt, ist für diese Prüfung nicht relevant, da für diesen Markt ohnehin keine Regulierungsaufgaben angedacht sind.

Die ISPA geht davon aus, dass die im Wirtschaftlichen Gutachten vorgenommene geographische Marktaufteilung konsequenterweise auch im Ergänzungsgutachten aufrechterhalten wird, sofern sich an der maßgeblichen Datenlage nichts geändert hat. Nachdem es für eine derartige Veränderung keinerlei Indizien gibt, wäre es unzulässig, den vermeintlichen Vorzug eines bundesweiten Angebots für Privatkundenprodukte gegen den Nachteil schlechterer Konditionen, als sie vom Gutachten für den als regulierungsbedürftig festgestellten Markt 2 für notwendig befunden wurden, abzuwägen. Denn dies würde einen geographisch bundesweit einheitlichen Markt voraussetzen und daher im Widerspruch zu den im wirtschaftlichen Gutachten getroffenen Feststellungen stehen. Dies betrifft sowohl die eigentliche Marktanalyse, insbesondere die Beurteilung des Fortbestands von Marktzutrittsschranken, also auch die Bewertung der von den Amtsgutachtern vorgeschlagenen Regulierungsaufgaben.

Wie auch von den Gutachtern selbst angeführt, handelt es sich bei den im wirtschaftlichen Gutachten angedachten Regulierungsaufgaben bereits um die gelindesten Mittel, um den Wettbewerb auf diesem Markt sicherzustellen und A1TA dennoch weiterhin Investitionsanreize zu geben. Die Regulierungsaufgaben können somit nach Ansicht der ISPA nur dann als „unangemessen“ im Sinne des § 98 Abs. 8 TKG gesehen werden, wenn die in den vorgelegten Verträgen enthaltenen Pflichten zumindest gleich gut zur Behebung der identifizierten Wettbewerbsprobleme geeignet sind. Eine Auferlegung zusätzlicher Verpflichtungen durch die Regulierungsbehörde wäre dann nicht mehr notwendig und zulässig. Im Umkehrschluss ist es nicht ausreichend, wenn die durch das marktbeherrschende Unternehmen angebotenen Verpflichtungen schlechtere Konditionen beinhalten als im wirtschaftlichen Gutachten vorgesehen.

Die ISPA betont weiters, dass die Rechtslage im Fall von Verpflichtungen gem. § 98 Abs. 8 TKG 2021 keinesfalls eine notwendige Aufhebung sämtlicher Regulierungsaufgaben vorsieht, wenn die angebotenen Verpflichtungen die in § 98 Abs. 3 TKG 2021 vorgegebenen Bedingungen erfüllen. Nach Ansicht der ISPA (siehe weiter unten) ist letzteres bereits für sich betrachtet fraglich. Doch selbst wenn diese Bedingungen erfüllt sind, *hat* die Regulierungsbehörde gem. § 98 Abs. 8 TKG 2021 das Angebot in einem ersten Schritt lediglich für bindend zu erklären. Erst in einem weiteren Schritt sind die Auswirkungen dieses (nunmehr verpflichtenden) Angebots auf die Marktentwicklung und die Angemessenheit der anhand des wirtschaftlichen Gutachtens festgestellten notwendigen spezifischen Verpflichtungen zu beurteilen. Selbst wenn die Kriterien des § 98 Abs. 3 TKG 2021 erfüllt sein sollten, ist daher nicht umgehend von weiteren Regulierungsaufgaben abzugehen.

Die ISPA weist in diesem Bezug auf die unterschiedlichen Regime für Verpflichtungen allgemein und Ko-Investitionsvereinbarungen (für Netze mit sehr hoher Kapazität) im Speziellen hin. Ko-Investitionsvereinbarungen für Netze mit sehr hoher Kapazität bewirken in der Regel bereits bei Erfüllung der notwendigen Kriterien eine Aufhebung von Regulierungsaufgaben, wovon gem. § 98 Abs. 10 TKG 2021 nur in Ausnahmefällen abgewichen werden kann. Für bloße Verpflichtungen bzw. Vereinbarungen (wie das vULL 2.0 bzw. VHCN Abkommen) ist dies hingegen gerade nicht der Fall: hier ist zusätzlich eine genaue Prüfung der Auswirkungen dieser Vereinbarungen auf die Wettbewerbssituation notwendig. Der Gesetzgeber hat sich bewusst für eine Ungleichbehandlung dieser beiden Arten von Abkommen entschieden, weil er nur unter dem Ziel der Förderung des Ausbaus von Netzen mit sehr hoher Kapazität auch (eingeschränkt) eine minimale Beeinträchtigung des Wettbewerbs (durch Deregulierung unter strengen Auflagen) für zulässig erachtet. Bei bloßen Verpflichtungen, die sich nicht auf Netze mit sehr hoher Kapazität beziehen, ist eine solche Güterabwägung jedoch nicht vorgesehen.

Um die Angemessenheit der angedachten Regulierungsaufgaben für den regulierungsbedürftigen Markt 2 für Privatkundenprodukte sowie den bundesweiten Markt für Geschäftskundenprodukte im Lichte der vorgelegten Vereinbarungen zu analysieren, sowie auch um darzulegen, dass trotz der vorgelegten Verpflichtungen weiterhin signifikante Marktzutrittsbarrieren auf den beiden Märkten bestehen würden, möchte die ISPA auf die nachfolgenden Details hinweisen.

2. Zum Vertrag über die virtuelle Entbündelung 2.0

2.1 Zugangsverpflichtungen

- **DSLAM Management**

A1TA möchte im vULL 2.0 Abkommen, die bereits im November 2020 erstmals vorgeschlagene Unterscheidung in zwei unterschiedliche DSLAM-Management Typen beibehalten, wobei VE-Business-Serviceprofile stets nur gemeinsam mit B-DSLAM Management bestellt werden können. Möchte ein ANB daher auf einem DSLAM sowohl VE-Business-Services als auch andere VE-Services bestellen, muss er sowohl ein A- als auch B-DSLAM-Management einkaufen und einrichten.

Dadurch entstehen erhebliche Zusatzkosten. Denn nicht nur muss für jeden DSLAM-Management Typ eine separate Verkehrsübergabe eingerichtet und monatlich abgegolten werden, es werden zudem auch die Möglichkeiten zur Überbuchung der DSLAM-Management Bandbreite erheblich erschwert da die Überbuchung nun ebenfalls für jeden DSLAM-Management Typ gesondert erfolgen müsste. Dies benachteiligt wiederum gerade jene kleineren Anbieter, die im Durchschnitt nur wenige Kunden pro DSLAM aufweisen.

Technisch unterscheiden sich die DSLAM-Managements vor allem durch eine unterschiedliche High Priority (HP) Qualität. Dabei fällt auf, dass im Vergleich zum aktuellen Standardangebot, das neue B-DSLAM-Management nun offenbar dem bisherigen A-DSLAM-Management entspricht, da gemäß Pkt. 3.7.1.2 des technischen Handbuchs in Hinkunft 50% der B-DSLAM Management Bandbreite je Standort mit der HP-Qualität gewährleistet sein sollen. Für A-DSLAM Management verringert sich dieser Wert deutlich auf nur mehr 15 %. Nicht nur werden die Entgelte für das DSLAM-Management daher erheblich teurer (siehe dazu noch unten), es verschlechtert sich auch die Qualität der jeweiligen DSLAM-Managements erheblich.

Weder für die Herabstufung der Qualitätslevel noch für die Unterteilung in zwei unterschiedliche DSLAM-Managements existiert eine nachvollziehbare technische Begründung, insbesondere liegt kein Mehraufwand durch die betroffenen VE-Services zugrunde. Auch aus diesem Grund, sowie um dem ANB ausreichen Skalenvorteile zu ermöglichen, haben sich die Amtsgutachter explizit gegen einen Zwang zur Nutzung mehrerer DSLAM-Managements ausgesprochen.²

Das vorgelegte vULL 2.0 Abkommen widerspricht daher in diesem Punkt deutlich den im wirtschaftlichen Gutachten festgelegten Zugangsverpflichtungen und sollte in diesem Punkt keine regulierungsersetzende Wirkung im Sinne von § 98 Abs. 8 TKG zukommen.

- **Unterteilung in zwei Verträge (vULL 2.0 / VHCN)**

Die von A1TA angedachte Aufteilung, wonach in Hinkunft VE Services über ab einem Stichtag X in Betrieb genommene VHCN Infrastruktur von einem weiteren Vertrag („VHCN Vertrag“, siehe dazu im Detail unter Punkt 3) erfasst werden ist ebenfalls nicht nachvollziehbar und führt lediglich zu erheblichen Mehrkosten auf Seiten der Vorleistungsbezieher.

Insbesondere sei darauf hingewiesen, dass auch Anschlüsse über FTTH eindeutig von der sachlichen Marktabgrenzung erfasst sind³ und ein Substitut für Anschlüsse über FTTC darstellen. Der Zugang zu FTTH Infrastruktur ist zudem auch von der NGA Empfehlung der EU-Kommission umfasst⁴. Die ISPA Spricht sich daher dafür aus, dass der Zugang zu sämtlicher in die sachliche Marktabgrenzung fallender Infrastruktur der A1TA auch in einem einheitlichen Vertrag geregelt wird. Die Aufteilung in zwei Angebote führt lediglich zu einer Schlechterstellung der Vorleistungsbezieher aufgrund der wesentlich höheren monatlichen Kosten im VHCN-Abkommen, inklusive etwaiger

² Vgl Hartl/Pisjak/Schramm/Schwarz, *Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 1/20 Markt für den lokalen und zentralen Zugang* (ON 003) S. 123.

³ Vgl Hartl/Pisjak/Schramm/Schwarz, *Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 1/20 Markt für den lokalen und zentralen Zugang* (ON 003) S. 32.

⁴ Ibid. 123

zusätzlicher monatlicher Kosten für die Verkehrsübergabe, sowie der zusätzlichen Einmalkosten für die Umstellung auf das VHCN-Angebot.

2.2 Entgelte

Neben den Zugangspflichten stellt die Entgeltkontrolle eine weitere wesentliche wettbewerbsregulierende Maßnahme dar. Auch in diesem Fall gilt, dass nur dann, wenn die Rahmenbedingungen im vULL 2.0 Abkommen jenen entsprechen, welche im wirtschaftlichen Gutachten für Markt 2 für erforderlich gehalten wurden, von der Auflage weiterer Regulierungsaufgaben abgesehen werden kann.

- **Asymmetrische Bandbreiten**

Die Regulierungsbehörde sieht bislang eine Verpflichtung zum Angebot von margin-squeeze-freien Entgelten vor, um zu verhindern, dass A1TA als marktbeherrschendes Unternehmen überhöhte Preise für ihre Vorleistungsprodukte verlangt und damit Mitbewerber vom Markt drängt.⁵ Diesem Ansatz folgen auch die von der Regulierungsbehörde beauftragten Amtsgutachter indem sie mithilfe des Economic Replicability Tests (ERT) festlegen, dass zwischen A1-Endkundenpreisen und Vorleistungsentgelten ein minimaler Abschlag von 51,7 % im Privatkundensegment sowie 52,1% im Geschäftskundensegment gewährleistet sein muss. Es zeigt sich anhand der unten noch näher dargestellten Berechnungen, dass diese Abstände auf Basis des neuen vULL 2.0. Abkommens keinesfalls gewährleistet werden. Aufgrund der durchgehend erheblich höheren Vorleistungsentgelte für das gesamte Bundesgebiet können auch nicht mehr die schon bislang zum Teil unwirtschaftlichen Vorleistungskosten in ruralen Gebieten mit den wirtschaftlich tragbaren urbanen Vorleistungskosten mit hohen Skalenerträgen quersubventioniert werden. Der daraus resultierende Margin-Squeeze ist ein deutliches Beispiel dafür, dass das marktbeherrschende Unternehmen ohne Regulierungsaufgaben seine marktbeherrschende Stellung dazu nutzen würde, um überhöhte Entgelte vorzusehen. Das eingebrachte vULL 2.0 Abkommen an sich ist daher bereits der beste Beweis für die Notwendigkeit einer weiterhin bestehenden Entgeltkontrolle.

Allgemein zeigt ein Vergleich von durch ANB an die ISPA übermittelten Beispielszenarien analog zu den Berechnungen in Tabelle 20 des wirtschaftlichen Gutachtens, dass die Vorleistungspreise durchschnittlich 20 – 30 % (in Sonderfällen sogar 40%) über den bisherigen Entgelten liegen. Dies ist hauptsächlich durch die erhöhten DSLAM-Management-Entgelte, die zum Teil im Vergleich zum aktuellen Standardangebot um mehr als 400 % (!) erhöht wurden sowie die in Anhang 3 Punkt 6.18 neu eingeführten monatlichen Entgelte pro Port iHv € 200,- bzw. € 500,- für die Verkehrsübergabe bedingt. Die geringfügige Senkung der Entgelte für die VE-Services gegenüber dem aktuellen Standardangebot fällt dadurch kaum ins Gewicht. Die ISPA demonstriert die massiven Kostenerhöhungen anhand eines von ANB zur Verfügung gestellten Beispiels:

⁵ Zuletzt: Telekom-Control-Kommission 24.07.2017, M 1.5/15-115, Spruchpunkt 3.3.1.2.

Beispiel: Migration eines bestehenden DSLAMs mit 17 VE-Services

Das folgende Berechnungsbeispiel vergleicht die Vorher-Nachher-Kosten im Fall der Migration eines bestehenden DSLAMs mit 700 Mbit/s in das Entgeltregime von vULL 2.0, wobei folgende 17 Anschlüsse vorhanden sind und bereits eine Überbuchung von 1:2 angenommen wird:

- 1 x 12 Mbit/s
- 7 x 20 Mbit/s
- 2 x 30 Mbit/s
- 4 x 40 Mbit/s
- 1 x 60 Mbit/s
- 1 x 100 Mbit/s
- 1 x 150 Mbit/s

Gesamtrechnung

	Gesamtkosten	Pro Kunde	Erhöhung
Vorher	€ 221,68	€ 13,04	
Nachher	€ 289,30	€ 17,02	
Mehrkosten	€ 67,62	€ 3,98	30,5%

DSLAM-Management

	Gesamtkosten	Pro Kunde	Erhöhung
Vorher	€ 71,00	€ 4,18	
Nachher	€ 180,00	€ 10,59	
Mehrkosten	€ 109,00	€ 6,41	155,5 %

Berechnungsgrundlage unter Annahme einer Überbuchung von 1:2 (= DSLAM Management 350 Mbit/s)

Anzahl VE-Services	Typ VE-Service	Profilkosten	Engineering	Übergabe (regional)	DSLAM-Management	Summe
ALT						
1	12.320/1.024	€ 3,59	€ 0,11	€ 1,90	€ 4,18	€ 9,78
7	20.480/5.120	€ 5,45	€ 0,11	€ 1,90	€ 4,18	€ 81,48
2	30.720/6.144	€ 6,59	€ 0,11	€ 1,90	€ 4,18	€ 25,56
4	40.960/10.240	€ 7,72	€ 0,11	€ 1,90	€ 4,18	€ 55,64
1	61.440/12.288	€ 8,62	€ 0,11	€ 1,90	€ 4,18	€ 14,81
1	102.400/20.480	€ 9,54	€ 0,11	€ 1,90	€ 4,18	€ 15,73
1	153.600/20.480	€ 12,49	€ 0,11	€ 1,90	€ 4,18	€ 18,68
						€ 221,68
NEU						
1	14.336/1.024	€ 3,62	€ 0,19	€ 1,20	€ 10,59	€ 15,60
7	20.480/5.120	€ 4,31	€ 0,19	€ 1,20	€ 10,59	€ 114,03
2	30.720/6.144	€ 4,75	€ 0,19	€ 1,20	€ 10,59	€ 23,46
4	40.960/10.240	€ 4,94	€ 0,19	€ 1,20	€ 10,59	€ 67,62
1	61.440/12.288	€ 5,92	€ 0,19	€ 1,20	€ 10,59	€ 17,90
1	102.400/20.480	€ 6,75	€ 0,19	€ 1,20	€ 10,59	€ 18,73
1	153.600/20.480	€ 9,92	€ 0,19	€ 1,20	€ 10,59	€ 21,90
						€ 289,30

Die zusätzlichen Kosten für die Verkehrsübergabe pro Port würden die Vorleistungsentgelte noch weiter erhöhen, werden in diesem Rechenbeispiel jedoch aufgrund der unterschiedlichen möglichen Konstellationen nicht mitberücksichtigt. Auszugehen ist jedoch davon, dass es hierdurch zu weiteren Entgelten iHv zumindest EUR 1,00,- pro Kunde kommt, wodurch die Erhöhung der Vorleistungsentgelte im Vergleich zum Status Quo bereits bei 40 % liegt, ohne dabei noch weitere Kostenfaktoren, wie etwa ein zusätzlichen B-DSLAM-Management zu berücksichtigen.

- **Rabattstaffeln**

Keine Abhilfe verschaffen im Hinblick auf die erhöhten Vorleistungsentgelte auch die neu vorgesehenen Rabattstaffeln (siehe Punkt 7 im Anhang 3 des vULL 2.0 Abkommens), da diese aufgrund der enorm hohen Umsatzzschwellen für die überwiegende Mehrheit der ANB nicht zur Anwendung kommen. Aus diesem Grund können sie auch für die Bewertung der Margin-Squeeze-Freiheit nicht herangezogen werden.

- **Symmetrische Bandbreiten**

Im wirtschaftlichen Gutachten wurde zu Recht erkannt, dass symmetrische Bandbreitenprofile bisher viel zu teuer am Vorleistungsmarkt durch A1TA angeboten wurden und stark über den Preisen von vergleichbaren asymmetrischen Bandbreiten liegen. Historisch gesehen, wurden früher symmetrische Bandbreiten über die Technologie SHDSL hergestellt. Die Hardware für diese Technologie war teurer als Technologie für asymmetrische Übertragungsverfahren (ADSL, ADSL2p, vDSL, etc.). Dieser Kostenfaktor war sowohl auf Netzseite (DSLAM) als auch auf CPE Seite beim Kunden vorhanden. Mit vULL wurden aber auch symmetrische vDSL Profile eingeführt. Mittlerweile wird daher bei symmetrischen vDSL Profilen dieselbe günstige Hardware wie bei asymmetrischen vDSL Profilen verwendet. Somit fällt das Argument der teureren Hardware weg. Aus diesem Grund, sowie da es auch weniger Preisdruck bzw. Wettbewerbsdruck durch Kabelnetze und Mobilfunknetze gibt sieht das wirtschaftliche Gutachten für symmetrische Bandbreiten kostenorientierte Entgelte vor.⁶

Vergleicht man diese kostenorientierten Entgelte iHv € 14,34 nun mit den in Anhang 3 des vULL 2.0 Abkommens vorgesehenen Entgelte für symmetrische VE-Services, so zeigt sich eine erhebliche Überschreitung. Auch die Entgelte für symmetrische Bandbreiten widersprechen daher eindeutig den angedachten Regulierungsaufgaben. Die Verpflichtung der A1TA erscheint daher nicht als angemessen, um den in Markt 2 festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen.

- **Vorschlag einer „Zwanzigstel-Regelung“**

Um der erheblichen Kostensteigerung aufgrund der erhöhten DSLAM-Management-Entgelte zu begegnen, schlägt die ISPA die Einführung einer „Zwanzigstel Regelung“ vor. Demnach sollte das volle monatliche Entgelt für das DSLAM-Management nicht wie angedacht ab dem 12., sondern ab dem 20. Endkunden am Standort in voller Höhe (und darunter anteilig) verrechnet werden („Zwanzigstel-Regelung“). Dadurch würden die DSLAM-Entgelte pro Endkunde für jene Standorte mit nur einer geringen Anzahl an Endkunden im Wesentlichen identisch bleiben.

- **Monatliche Entgelte für die Verkehrsübergabe**

Das vULL 2.0 Abkommen beinhaltet in Punkt 6.18 des Anhang 3 ein neu eingeführtes monatliches Entgelt für die Verkehrsübergabe im eigentlichen Sinn in der Höhe von € 200,- (pro 1 Gbit Ethernet Port) bzw. € 500,- (pro 10 Gbit Ethernet Port).

⁶ Vgl Hartl/Pisjak/Schramm/Schwarz, *Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 1/20 Markt für den lokalen und zentralen Zugang* (ON 003) S. 148.

Hinsichtlich dieser Entgelte ist zu bedenken, dass gerade bei Geschäftskunden aus Redundanzgründen mindestens zwei Ports erforderlich sind. Das bedeutet, dass gerade für kleine Anbieter nur noch die Anbindung von mehreren Geschäftskunden pro Port wirtschaftlich sinnvoll ist, da bereits ab dem ersten Geschäftskunden, zusätzlich zu den hohen B-DSLAM-Management Entgelten monatlich mindestens EUR 400,- zu bezahlen ist. Diese erheblichen Kosten müssen daher bei der Überprüfung der Margin-Squeeze-Freiheit der Entgelte ebenfalls adäquat mitberücksichtigt werden. Dazu kommt, dass gemäß Punkt 2 des Anhang 1 pro (e)DSLAM Management Typ jeweils eine eigene Verkehrsübergabe erforderlich ist. Bereits für den ersten Businesskunden ist daher eine zusätzliche Verkehrsübergabe einzurichten, und ein Entgelt von mindestens € 200 pro Monat zu bezahlen, selbst wenn am Übergabestandort bereits eine Verkehrsübergabe für Privatkunden besteht. In diesem Zusammenhang möchte die ISPA auch nochmals betonen, dass gerade kleine Anbieter von diesen zusätzlichen Fixbeträgen pro Port betroffen sind, die aufgrund ihrer geringeren Kundenbasis pro Übergabestandort nicht von den gleichen Skaleneffekten profitieren wie große Anbieter, die diese Kosten entsprechend aufteilen können.

Einige ANB sind angesichts mangelnder technischer bzw. kommerzieller Ersatzprodukte im Rahmen der virtuellen Entbündelung darüber hinaus auch weiterhin darauf angewiesen, Kunden über die physische Entbündelung anzubinden (z.B. im Fall von Businesskunden mit SDSL Bonding). Aus diesem Grund können bestehende lokale Kollokationen nicht aufgelassen werden, da die Backboneanbindung der Kollokation weiterhin erforderlich ist.

Solange diese Kunden nicht auf die virtuelle Entbündelung migriert werden können, ist für den Anbieter jedoch auch ein genereller Umstieg auf die regionale Verkehrsübergabe wirtschaftlich nicht rentabel, da ohnehin die Kosten für die Backboneanbindung der Kollokationen bezahlt werden müssen. Gleichzeitig müssen jedoch in Hinkunft nun auch zusätzliche Entgelte für die lokale Verkehrsübergabe entrichtet werden. Die Verpflichtung der A1TA erscheint daher auch in dieser Hinsicht nicht als angemessen, um den in Markt 2 festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen. Neben der Berücksichtigung dieser zusätzlichen Entgelte für die Verkehrsübergabe im Rahmen der Überprüfung der Margin-Squeeze-Freiheit der Vorleistungsentgelte, fordert die ISPA daher, dass kostenorientierte Entgelte für die lokale Verkehrsübergabe vorgesehen werden, sowie davon abzusehen, dass pro DSLAM-Management Typ jeweils eine eigene Verkehrsübergabe erforderlich ist, um auch kleinen Anbietern entsprechende Skalenvorteile zu bieten.

- **Sicherstellung der ökonomischen Replizierbarkeit**

Auch die von A1TA in Anhang 3 Punkt 14 vorgesehenen Verpflichtungen zur Sicherstellung der Nachbildbarkeit vermögen den drohenden Margin-Squeeze nicht zu verhindern. Denn darin wird lediglich ein Mindestabstand von 25% zwischen den Vorleistungsentgelten und den Netto-Retailpreisen von A1TA vorgesehen. Im wirtschaftlichen Gutachten wurde hingegen ein Mindestabstand von 51,7 % bzw. 52,3 % als erforderlich festgestellt, um einen Margin-Squeeze zu verhindern. Die im Vertrag enthaltene Verpflichtung zur Sicherstellung der Nachbildbarkeit ist daher keinesfalls ausreichend.

A1TA führt darüber hinaus jeweils eine Einzelproduktbetrachtung durch, wobei dem A1 Retailpreis die Summe von monatlichem VE-Serviceentgelt, monatlichem Entgelt für das (e)DSLAM

Management sowie Einmalentgelt für Herstellung/Umstellung für ein vergleichbares v-ULL 2.0 Produkt gegenübergestellt wird. Angesichts der enormen Bedeutung, welcher den DSLAM-Management-Entgelten jedoch bei der Berechnung des Vorleistungspreises zukommen ist es entscheidend, ob man hier von einem stark oder weniger stark ausgelasteten DSLAM bzw. einer homogenen oder heterogenen Verteilung der VE Services ausgeht sowie ob bzw. welche Überbuchung man zugrunde legt. Gerade aufgrund der angedachten Aufteilung in A- und B-DSLAM-Management ist von einer eher niedrigen Auslastung der DSLAMs auszugehen. Ebenso bleiben offenbar die zusätzlichen Entgelte für die Verkehrsübergabe pro Port gänzlich unberücksichtigt.

Darüber hinaus muss auch bedacht werden, dass sich der Wettbewerb im Telekommunikationsmarkt immer mehr durch Bündelprodukte manifestiert. Im wirtschaftlichen Gutachten wird festgehalten, dass nur 20% der Breitbandkunden kein Bündelprodukt beziehen. Zwar stellt das Produktbündel mit einem Festnetztelefonanschluss das häufigste Bündelprodukt dar, es ist jedoch für die Berechnung der Margin-Squeeze-Freiheit vernachlässigbar, da Festnetztelefonie von den Anbietern mittlerweile häufig gratis zum Breitbandanschluss hergeschenkt wird. Der Wettbewerb findet vielmehr bei Bündelprodukten mit TV-Produkten (Breitband + TV) sowie Hardwarebündeln (Breitband + TV-Gerät/Tablet) statt. Gerade Hardwarebündel mit einem TV-Gerät/Tablet können sich auf einen enormen geldwerten Vorteil in Höhe von über 250 EUR belaufen. Dies ist in jedem Fall ein relevanter Kostenfaktor, der bei der Sicherstellung der Nachbildbarkeit in den Verträgen der A1 berücksichtigt werden muss. Ebenso fehlt auch ein für etwaige TV-Komponenten zahlenmäßig fixiertes Entgelt (zB EUR 3,-), das vom Bündelproduktpreis jeweils abgezogen wird. Die von A1TA angedachte Einzelproduktbetrachtung kann daher zu erheblichen Verzerrungen bei der Berechnung der Vorleistungspreise führen.

Aus den genannten Gründen kommt die vorgesehene Verpflichtung zur Sicherstellung der Nachbildbarkeit daher in keiner Weise einer durch die Behörde durchgeführte Margin-Squeeze Prüfung nahe. Die Verpflichtung der A1TA erscheint daher nicht als angemessen, um den in Markt 2 festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen. Daher müssen nach Ansicht der ISPA die im wirtschaftlichen Gutachten vorgesehenen Auflagen im Rahmen der Entgeltkontrolle bestehen bleiben. Andernfalls ist zu befürchten, dass ANB aufgrund der erhöhten Vorleistungspreise gerade in den regulierungsbedürftigen Gemeinden vom Markt verdrängt werden und A1TA ihr Monopol weiter ausbauen kann.

- **Jährliche Entgeltanpassungen**

Zusätzlich ist im Abkommen eine jährliche Anpassung anhand eines „Neukundenindex“ und des VPI vorgesehen (siehe Punkt 14.1 im Anhang 3 des vULL 2.0 Abkommens). Sofern A1TA ihre eigenen Produkte selbst anhand des VPIs anpasst, führt dies jedoch zu einer doppelten Berücksichtigung der VPI Anpassung und damit wiederum zu höheren Entgelten. Die Einhaltung der Regelungen zu den Kontrollebenen 1 (Neukunden-Preisindex) und 2 (Bestandskundenpreisniveau) wird zudem ausschließlich durch einen von A1TA beauftragten Wirtschaftsprüfer festgestellt. Es gibt hier keine vertragliche Möglichkeit, sich auf einen unabhängigen Schiedsrichter zu einigen, wie dies für Kontrollebene 3 (Mindestabstand von 25%) möglich ist. Ein Einvernehmen zwischen den ANB und A1TA hinsichtlich der Person des Wirtschaftsprüfers ist jedoch unabdingbar, um auf dessen Unabhängigkeit vertrauen zu können. Angesichts der Vorgaben in § 98 Abs. 11 TKG wonach die

Regulierungsbehörde die Einhaltung der für bindend erklärten Verpflichtungen zu überprüfen und gewährleisten hat, regt die ISPA daher an, dass eine entsprechende Überprüfung auf Antrag einer der Vertragsparteien auch durch die Regulierungsbehörde zu erfolgen hat.

- **Pönalen**

Der vULL 2.0-Vertrag sieht in Punkt 9 des Anhangs 3 eine Deckelung der Pönalen für VE-Services mit Netzservice Standard und Business-VE-Services auf € 363,35 pro Geschäftsfall für verspätete Herstellungen und Umstellungen von VE-Services durch A1TA vor, sofern die Anzahl der Überschreitungen nicht mehr als 1% der Gesamtanzahl der Herstellungen und Umstellungen von VE-Services pro Monat beträgt. Durch diese neu eingeführte Regelung kommt es zu einer einseitigen Schlechterstellung der ANB, indem A1TA weniger Anreize zur Vermeidung von Leistungsstörungen bekommt. Dem steht zudem keine spiegelbildliche Deckelung für durch den ANB zu leistende Pönale gegenüber.

2.3 Weitere Vertragsbedingungen

- **Befristeter Rahmenvertrag**

Anders als bislang – und auch im Gegensatz zum ebenfalls von A1TA vorgelegten VHCN Vertrag - soll der vULL 2.0. Rahmenvertrag lediglich für fünf Jahre abgeschlossen werden. Zwei Jahre vor Ende des Rahmenvertrags verpflichten sich die Vertragsparteien dazu, nach Treu und Glauben die Rahmenbedingungen neu zu verhandeln. Ein solcher befristeter Vertrag schafft erhebliche Rechtsunsicherheit auf Seiten des ANBs, insbesondere da im Rahmen der regelmäßigen Vertragsverhandlungen auch das „Interesse der A1, aus nachweisbar wirtschaftlichen oder technischen Gründen an konkreten Standorten den Zugang zu v-ULL 2.0 nicht mehr aufrecht zu erhalten,“ berücksichtigt werden muss. Daraus folgt, dass der Vertragspartner über keinerlei Garantien verfügt, Kunden für länger als 5 Jahre versorgen zu können, da am Ende dieser Periode A1TA aus eigenen wirtschaftlichen Überlegungen den Zugang zu vULL 2.0 an bestimmten Standorten verweigern kann, selbst wenn diese Standorte im regulierungsbedürftigen Markt 2 liegen. Die Verpflichtung der A1TA erscheint daher nicht als angemessen, um den in Markt 2 festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen.

- **Übernahme der Kollokationsrückbaukosten**

Wie auch die Amtsgutachter selbst in Punkt 5.1.3.2. des Wirtschaftlichen Gutachtens festhalten, profitiert vor allem A1TA selbst von der erzwungenen Migration auf die virtuelle Entbündelung und dem damit einhergehenden Kollokationsrückbau. Es erscheint daher sachgerecht, dass die im Rahmen des Kollokationsrückbaus entstehenden Kosten zu gleichen Teilen zwischen A1TA und dem betreffenden ANB aufgeteilt werden. Andernfalls hat A1TA einen klaren Anreiz zu Raising Rivals Costs, indem die Arbeiten möglichst teuer und ineffizient durchgeführt werden. Dies würde dem Grundgedanken widersprechen, dass der ANB durch die Migration von der physischen auf die virtuelle Entbündelung keinen ungebührlichen Nachteil erleiden sollte.

Angesichts der Tatsache, dass eine entsprechende Bestimmung in der vorgelegten Vereinbarung gänzlich fehlt, erscheint die Verpflichtung der A1TA daher nicht als angemessen, um den in Markt 2

festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen und wäre der Vertrag diesbezüglich in jedem Fall zu ergänzen.

- **Fehlende Verpflichtung zur technischen Replizierbarkeit**

Während sich die Ausführungen unter Punkt 1.4 insbesondere der ökonomischen Replizierbarkeit widmen, ist auch die technische Replizierbarkeit der Endkundenprodukte von A1TA von ebenso hoher Bedeutung.

Sofern die Regulierungsbehörde angesichts der vorgelegten Verträge jedoch zu dem Ergebnis kommt, dass keine weiteren Regulierungsaufgaben angemessen sind, würde dies auch bedeuten, dass A1TA nicht mehr der Gleichbehandlungspflicht gemäß § 92 Abs. 2 TKG und damit der Pflicht zur Gewährleistung der technischen Replizierbarkeit unterliegen würde. A1TA könnte damit selbst Bandbreitenprofile an Endkunden anbieten, ohne zur Abbildung am Vorleistungsmarkt verpflichtet zu sein. Dies würde es A1TA jedoch erlauben, durch Gestaltung der Vorleistungsprodukte sich einen erheblichen Marktvorteil gegenüber Vorleistungsbeziehern zu verschaffen. Die Verpflichtung der A1TA erscheint daher auch in diesem Punkt nicht als angemessen, um den in Markt 2 festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen. Daher sollte im Rahmen der Vereinbarung jedenfalls auch eine Pflicht zur technischen Replizierbarkeit aufgenommen werden.

- **Outphasen von veralteter Technologie**

Gemäß Punkt 5.3 des vULL 2.0 Abkommens kann A1TA ohne Zustimmung des ANB unter Einhaltung einer Vorlaufzeit veraltete Technologien „outphasen“, wodurch keine Neubestellungen mehr möglich sind und auch Bestandskunden binnen einer bestimmten Frist auf alternative Technologien umgestellt werden müssen. Nach dieser Frist hat A1TA ein außerordentliches Kündigungsrecht für noch nicht umgestellte Leistungen.

Dieses neu eingeführte Recht von A1TA hat große potenzielle Auswirkungen auf die betroffenen ANB und die damit einhergehenden Wechselprozesse können zu hohem Aufwand führen. Es ist daher erforderlich, dass bezüglich der monatlichen Menge an Migrationen eine Vereinbarung zwischen A1TA und den betroffenen ANB getroffen wird. Dies entspricht auch der Vorgehensweise, die in Punkt 5.4 des vULL 2.0-Vertrags („Außerbetriebnahme von Infrastruktur“) vorgesehen ist. Auch in der Vergangenheit war etwa im Fall von Zwangsmigrationen die monatliche Menge an zulässigen Migrationen nicht ungedeckt, sondern wurde zwischen A1TA und ANB vereinbart.

3. Zum „VHCN-Vertrag“

Neben dem vULL 2.0 Abkommen hat A1TA auch einen „VHCN-Vertrag - Einzellösung“ sowie einen „VHCN-Vertrag Poollösung“ vorgelegt, der den österreichweiten Zugang von ANB auf das nach einem bestimmten Stichtag errichtete FTTB/FTTH-Netz von A1TA regelt. Der VHCN-Vertrag soll nach Absicht von A1TA zu einer sukzessiven Verdrängung des geographischen Anwendungsbereichs des vULL 2.0 Abkommens führen, weil ausschließlich Ersterer auf sämtliche ab einem gewissen Stichtag ausgebaute FTTH/FTTB-Infrastruktur anwendbar ist. Es besteht für die ANB daher keine Wahlfreiheit zwischen dem vULL 2.0- und VHCN-Vertrag, sondern je nach

vorhandener Infrastruktur in Verbindung mit deren Errichtungsdatum ist der eine oder der andere Vertrag einschlägig. Daraus folgt, dass die Bedingungen des VHCN-Vertrags einer von vULL 2.0 isolierten Bewertung unterzogen werden und für sich betrachtet geeignet sein müssen, die Angemessenheit zusätzlicher regulatorischer Verpflichtungen in Frage zu stellen. Nach Ansicht der ISPA ist dies nicht der Fall, weil der VHCN-Vertrag sogar noch schlechtere Konditionen vorsieht als das vULL 2.0 Abkommen. Dies soll im Folgenden dargestellt werden, wobei zunächst auf die regulatorische Behandlung dieses Vertrags eingegangen wird. Die Ausführungen basieren dabei auf dem „VHCN-Vertrag – Einzellösung“, da dieser für den überwiegenden Anteil der ANBs zur Anwendung kommen würde.

3.1 Regulatorische Behandlung

Das VHCN-Abkommen ist regulatorisch gleich zu behandeln wie das vULL 2.0 Abkommen. Auch wenn das VHCN-Abkommen durch das enthaltene Modell der strategischen Partnerschaft vereinzelt Anklänge einer Risikoverteilung zwischen den beteiligten Anbietern enthält, ist es keinesfalls als Ko-Investitionsvereinbarung iSd § 98 Abs. 5 TKG 2021 vor dem Hintergrund des Art. 76 EECC zu behandeln. Denn die dort normierten erforderlichen Kriterien, damit das Abkommen deregulierende Wirkung entfalten kann, sind nicht einmal ansatzweise erfüllt. Dies kann an dieser Stelle nur überblicksmäßig wiedergegeben werden:

- Das VHCN-Abkommen sieht keine Möglichkeit für den nachträglichen Einstieg als Koinvestor vor, wie dies nach § 98 Abs. 5 lit a TKG 2021 erforderlich ist.
- Auch eine künftige Aufstockung der Beteiligung gem. § 98 Abs. 5 lit c TKG 2021 ist nicht vorgesehen.
- Die vorgesehenen Konditionen entsprechen nicht fairen und angemessenen Bedingungen gem. § 98 Abs. 5 lit a TKG 2021. Für den vorgesehenen Mindestabstand der Vorleistungsentgelte zum A1TA-Retailangebots iHv lediglich 25% bzw. darunter (siehe Punkt 9 des VHCN-Vertrags) verweist die ISPA auf ihre Ausführungen in dieser Stellungnahme.
- Aufgrund einer erst ab 8% Ziel-Take-Rate (d.h. Verpflichtung zur Gewinnung einer bestimmten Anzahl von Neukunden während eines bestimmten Zeitraums) vorgesehenen Rabattstaffelung (siehe Anhang 7, Punkt 1.3), der hohen Anzahlungen sowie der vorgesehenen einmaligen Beteiligungsbeiträge (siehe Anhang 7, Punkt 1.2), deren Höhe von der Größe des Ausbaugebiets (und vom jeweiligen Kommittent des ANB) bestimmt wird, benachteiligt das Abkommen de facto kleinere Betreiber und ist daher nicht diskriminierungsfrei iSd § 98 Abs. 5 lit a TKG 2021.
- Im vorliegenden VHCN-Abkommen erwirbt der Ko-Investor keine „speziellen Rechte strukturellen Charakters“ iSd Art 76 Abs. 1 EECC am neuen Netz, sondern erhält lediglich Rabatte auf die Entgelte für die Vorleistungsprodukte, wenn er sich zur Gewinnung einer bestimmten Anzahl von Neukunden binnen eines bestimmten Zeitraums verpflichtet und diese Verpflichtung auch einhält. Ein solches „mere rental of capacity“ ist aber kein Ko-Investment.⁷

⁷ Siehe Fußnote 10 auf Seite 7 der BEREC Guidelines to foster the consistent application of the conditions and criteria for assessing co-investments in new very high capacity network elements, BoR (20) 232.

vULL 2.0-Abkommen und VHCN-Vertrag stellen daher trotz der Aufteilung auf zwei Dokumente ein regulatorisch einheitlich zu beurteilendes Verpflichtungsangebot iSd § 98 Abs. 2 TKG 2021 dar, das freilich einen in nach einem bestimmten Stichtag ausgebaute FTTH/FTTB-Infrastruktur (VHCN-Abkommen) und sonstige Infrastruktur (vULL 2.0-Vertrag) aufgeteilten Anwendungsbereich hat, weshalb sie dennoch separat zu analysieren sind (siehe oben). Dies dürfte auch von A1TA so intendiert sein, denn das vorliegende VHCN-Abkommen wird auch in ihrem Vorbringen durchgehend als „kommerzielle Vereinbarung“ bezeichnet, ohne, dass Bezug auf die gesetzlichen Regelungen zu Ko-Investitionsvereinbarungen genommen wird.

Nur bei Erfüllung der in § 98 Abs. 5 TKG 2021 aufgezählten Kriterien (was beim gegenständlichen VHCN-Abkommen keineswegs der Fall ist, siehe oben) wäre das Abkommen regulatorisch als Ko-Investitionsvereinbarung zu behandeln. In diesem Fall wäre gem. § 98 Abs. 9 TKG 2021 im Fall der Unterzeichnung durch zumindest einen weiteren Marktteilnehmer grundsätzlich von zusätzlichen regulatorischen Verpflichtungen abzusehen. Allerdings könnte die Regulierungsbehörde gem. § 98 Abs. 10 TKG auch in diesem Fall weiterhin regulatorische Maßnahmen vorsehen, falls ansonsten erhebliche Wettbewerbsprobleme auf diesem Markt nicht gelöst würden. Die ISPA ist der Ansicht, dass auch im Falle einer zukünftigen, den Kriterien von § 98 Abs. 5 TKG 2021 entsprechenden Ko-Investitionsvereinbarung aufgrund der besonderen Merkmale des österreichischen Marktes ein Fortbestand regulatorischer Maßnahmen jedenfalls indiziert ist. Es muss stets beachtet werden, dass die maßgeblichen Regelungen des EECC in Hinblick auf eine allgemeine Betrachtung des EU-weiten Festnetzmarktes entwickelt wurden, der weitaus mehr Wettbewerb aufweist als der österreichische Markt. Nach der Absicht des Gesetzgebers soll die in Art. 76 Abs. 2 letzter Satz EECC enthaltene und durch § 98 Abs. 10 TKG 2021 umgesetzte Ausnahmebestimmung in solchen Situationen wie der österreichischen zur Anwendung kommen.

Nachdem das vorliegende VHCN-Abkommen regulatorisch als kommerzielle Vereinbarung zu behandeln ist, muss es bei Erfüllung der Kriterien des § 98 Abs. 3 TKG 2021 von der Regulierungsbehörde gemäß § 98 Abs. 8 TKG 2021 zunächst für bindend erklärt werden und erst anschließend in seinen Auswirkungen auf die Marktentwicklung beurteilt werden, wobei das Ergebnis dieser Beurteilung vom Gesetz nicht determiniert ist: die Regulierungsbehörde kann ohne weiteres zum Ergebnis kommen, dass dieses nunmehr bindende Angebot die Wettbewerbsprobleme nicht behebt und daher weiterhin spezifische Verpflichtungen angemessen sind. Für die Beurteilung des VHCN-Abkommens verweist die ISPA einerseits auf ihre Argumentation zum vULL 2.0-Abkommen und andererseits darauf, dass das VHCN-Abkommen tendenziell schlechtere Bedingungen (z.B. höhere monatliche Entgelte und nur drei verfügbare Bandbreitenprofile) als vULL 2.0 vorsieht.

3.2 Anwendung des Vertrags

Gegenstand des VHCN-Vertrags ist gem. Punkt 1 der österreichweite Zugang von ANB auf das Hochgeschwindigkeitsnetz der A1TA, dessen Ausbauphase nach einem bestimmten Stichtag startet und das auf einem FTTB und/oder FTTH-Ausbau basiert, der außerhalb der Gebäudeerrichtungsphase zur VHCN-Erschließung des in der Regel mit Kupferinfrastruktur versorgten Gebäudebestands erfolgt oder das auf einer FTTB und/oder FTTH-Infrastruktur basiert, die sich innerhalb eines derartigen VHCN-Ausbaupolygons befindet.

Durch die Ausnahme eines während der Gebäudeerrichtungsphase durchgeführten FTTH/FTTB-Ausbaus aus dem sachlichen Anwendungsbereich des VHCN-Vertrags scheint es, dass dieser de facto nur auf FTTH/FTTB-Ausbauten in einem bestehenden Siedlungsgebiet anwendbar ist. Die ISPA weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass es österreichweit derzeit und auch künftig projekthafte Siedlungserweiterungen sowie große Stadtentwicklungsprojekte gibt, bei denen Gebäudeerrichtungsphase und VHCN-Errichtungsphase zusammenfallen. Nach dem Wortlaut des Vertrags wären all diese Gebiete bereits ab deren Errichtung für ANB vom Zugang für Vorleistungsbezieher ausgeschlossen, weil sie weder vom Anwendungsbereich des VHCN-Vertrags noch des vULL 2.0-Abkommens umfasst sind. Diese geographischen Gebiete sind für Access-Provider wirtschaftlich auch besonders interessant, weil sie typischerweise von einem eher jungen, internet-affinen Kundensegment bewohnt werden und sich dort häufig auch Jungunternehmen ansiedeln. Ebenso wären auch alle neuen Bauten von Betrieben, Gewerbeparks etc. vom Anwendungsbereich des VHCN-Vertrags ausgenommen.

Mit dem gegebenen Anwendungsbereich hätte A1TA auf diese geographischen Gebiete ein Monopol, weil sie nicht zur Gewährung des Zugangs an Vorleistungsbezieher verpflichtet wäre. Der VHCN-Vertrag gewährleistet damit nur vorgeblich den „österreichweiten“ Zugang zum nach einem bestimmten Stichtag ausgebauten FTTB/FTTH-Netz der A1TA, weil nicht unwesentliche Teile dieses Netzes ausgenommen sind. Die Ausnahme dieser Gebiete stellt daher bundesweit im Hinblick auf Geschäftskundenprodukte sowie in Markt 2 auch in Bezug auf Privatkundenprodukte eine eindeutige Zugangsbeschränkung gegenüber den im wirtschaftlichen Gutachten angedachten Regulierungsaufgaben dar. Bereits dies ist ein wesentlicher Grund dafür, warum der VHCN-Vertrag keinen adäquaten Ersatz für ein reguliertes Standardangebot darstellt.

3.3 Fehlende Sicherstellung der Nachbildbarkeit

Wie auch das vULL 2.0 Abkommen sieht auch der VHCN-Vertrag einen Mindestabstand von lediglich 25% zwischen dem Festnetz-Breitband-Retailangebot von A1TA und den jeweils korrespondierenden VHCN-Entgelten vor und liegt somit wesentlich unter den im wirtschaftlichen Gutachten festgestellten Werten.⁸ Im Fall des VHCN-Vertrags verschärft sich dies jedoch noch erheblich, weil dieser Mindestabstand von 25% in vielen Konstellationen vertraglich unterschritten wird.

A1TA führt die Berechnung des Mindestabstands nämlich ausgehend von einem solchen Vorleistungspreis durch, der bei Annahme eines 12%igen Commitments zur Anwendung kommt. Ein solcher Vorleistungspreis ist aber im Vergleich zu den Standard-Entgelten bereits um 20% reduziert (siehe Anhang 7, Punkt 1.4). Dadurch wird der Mindestabstand von 25% im Falle eines geringeren Commitments als 12% bzw. ohne Commitment noch erheblich unterschritten. In den beiden höchsten Rabattstufen (16% und 20% Ziel-Take-Rate) werden die 25% zwar geringfügig überschritten, die Abstände liegen aber immer noch eklatant unter den im wirtschaftlichen Gutachten als für Markt 2 erforderlich erkannten Werten. Zudem geht die ISPA davon aus, dass die beiden

⁸ Vgl. Hartl/Pisjak/Schramm/Schwarz, *Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 1/20 Markt für den lokalen und zentralen Zugang* (ON 003) S. 7.

höchsten Rabattstufen für die überwiegende Mehrzahl der Anbieter nicht zur Anwendung kommen werden, weil diese nicht in der Lage sind, die erforderliche Ziel-Take-Rate zu erreichen.

Daher kann die Argumentation der ISPA, wonach das vULL 2.0-Abkommen keinen angemessenen Ersatz für die im wirtschaftlichen Gutachten vorgesehenen Regulierungsaufgaben im Rahmen der Entgeltkontrolle darstellt, ohne weiteres und umso mehr auf das VHCN-Abkommen übertragen werden.

3.4 Der Rahmenvertrag lässt wesentliche Inhalte offen

Zudem ist zu berücksichtigen, dass allein aus dem Rahmenvertrag noch kein allgemeiner Rückschluss auf die Angemessenheit der Vertragskonditionen in Bezug auf konkrete VHCN-Ausbauprojekte gezogen werden kann.

Der Rahmenvertrag sieht im Fall der strategischen Partnerschaft einen einmaligen Beteiligungsbeitrag in Höhe eines bestimmten Betrags pro „home passed“, also in Abhängigkeit der Größe des Ausbaugebiets vor (siehe Punkt 1 des VHCN-Vertrags). Die konkrete Größe des Ausbaugebiets wird aber nicht vom Rahmenvertrag bestimmt (dieser sieht nur vor, dass die Ausbaugebiete „in der Regel“ *mindestens* 2000 Haushalte umfassen, siehe dessen Punkt 3.2), sondern letztlich einseitig von A1TA bestimmt und bekannt gegeben.

Es ist von großer Bedeutung, ob die Größe des Ausbaugebiets 2.000, 6.000 oder 10.000 Haushalte umfasst, weil die in größeren Ausbaugebieten höheren einmaligen Beteiligungsbeiträge und Anzahlungen zu größeren Hürden (gerade für kleine Anbieter) führen. Dadurch wird eine wesentliche Bestimmung des Rahmenvertrags unter die Disposition von A1TA gestellt, weshalb dessen tatsächliche wirtschaftliche Auswirkungen auf die Marktlage zum derzeitigen Zeitpunkt nicht beurteilt werden können.

In einem Worst-Case-Szenario könnte daher ein etwaiges Abgehen von Regulierungsaufgaben aufgrund des VHCN-Rahmenvertrags dazu führen, dass dieser in der Realität für die überwiegende Mehrzahl der ANB überhaupt nicht zur Anwendung kommt, weil eine Beteiligung als strategischer Partner aufgrund der Situation in den konkreten Ausbaugebieten (z.B. sehr hohe Anzahl von Haushalten und damit hohe einmalige Beteiligungsbeiträge und Anzahlungen) wirtschaftlich nicht durchführbar ist. Eine Beteiligung an diesen Ausbaugebieten ohne Verpflichtungserklärung scheidet hingegen grundsätzlich aus, weil hier nur ein sehr geringer Mindestabstand zwischen Retailprodukten von A1TA und korrespondierenden Vorleistungsentgelten gewährleistet ist (siehe Punkt 2.3 dieses Dokuments).

Die ISPA fordert daher, dass unbekannte Variablen wie die einmaligen Beteiligungsbeiträge in der regulatorischen Bewertung des VHCN-Rahmenvertrags stets in der für die ANB schlechtmöglichen Auslegung (zB sehr große Ausbaugebiete) berücksichtigt werden.

Zudem ist es nach Ansicht der ISPA nicht nachvollziehbar, weshalb die einmaligen Beteiligungsbeiträge in ein Verhältnis zur Größe des Ausbaugebiets (Haushalte/homes passed) und nicht vielmehr zur Verpflichtungserklärung des jeweiligen ANB (Ziel-Take-Rate) gesetzt wird. Bei einer Abhängigkeit von der Größe des Ausbaugebiets ist der einmalige Beteiligungsbeitrag in einem

bestimmten Ausbaug Gebiet für jeden ANB gleich hoch, egal ob diese eine Verpflichtungserklärung von 8% (Minimum) oder 20% (Maximum) abgegeben haben. Es ist offensichtlich, dass dadurch kleinere ANB mit geringerer Verpflichtungserklärung einen erheblichen Nachteil haben, zumal diese auch geringere Rabatte erhalten. Zudem würde A1TA dadurch ohne sachliche Begründung profitieren, weil für jeden strategischen Partner bei gleichbleibenden Netzerri chtungskosten (zu deren Deckung der einmalige Beteiligungsbeitrag dient) ein neuer einmaliger Beteiligungsbeitrag in Rechnung gestellt werden kann.

3.5 Die Beendigungsregelungen führen zu großen wirtschaftlichen Risiken

Die Bedingungen des Rahmenvertrags räumen A1TA einseitig eine sehr hohe Flexibilität ein, die zu großen wirtschaftlichen Risiken für die betroffenen ANB führt und diese de facto von einer Vertragsunterzeichnung bzw. von einer Inanspruchnahme der strategischen Partnerschaft abhalten wird.

Gemäß Punkt 5.4 des VHCN-Abkommens ist A1TA berechtigt, bei Außerbetriebnahme von Teilen ihrer VHCN-Infrastruktur ohne festnetzbasier te Ersatzinfrastruktur die jeweils betroffenen VE-Services nach einer bestimmten Vorlaufzeit ordentlich zu kündigen. Nachdem die Entscheidung über die Außerbetriebnahme allein von A1TA getroffen wird und dafür keinerlei objektive Kriterien normiert sind, könnte dies im schlimmsten Fall bereits kurze Zeit nach der Errichtung des Netzes erfolgen. Dies ist für alle ANB unangenehm und kann große Folgen für Bestandsverträge haben. Besonders betroffen wären aber jene ANB, die sich dem betroffenen Ausbaug ebiet im Rahmen einer strategischen Partnerschaft angeschlossen hätten. Der Vertrag sieht nämlich keinerlei Regelungen dahingehend vor, wie mit dem in einem solchen Fall geleisteten einmaligen Beteiligungsbeitrag umzugehen ist. Denn dieser kann sich nur bei einer sehr langfristigen Nutzung des Netzes amortisieren. Dieses Ausfallsrisiko, dessen Eintritt allein im Belieben des Vertragspartners steht, wird den ANB nicht zugemutet werden können. Es kann nur dadurch vermieden werden, dass sich die ANB eben keine strategische Partnerschaft eingehen, sondern ihre Vorleistungen zu den unrabattierten Entgelten beziehen. Diese sind aber, wie in Punkt 2.3 dieses Dokuments dargestellt, aufgrund des niedrigen Mindestabstands zu den entsprechenden Retailprodukten von A1TA keinesfalls eine wirtschaftliche Option.

Im vULL 2.0-Vertrag, der ebenfalls diese Regelung enthält, ist zusätzlich vorgesehen, dass zwischen den Vertragspartnern Einvernehmen hinsichtlich der Anzahl an möglichen Kündigungen pro Monat hergestellt wird; diese Regelung fehlt im VHCN-Vertrag völlig. Daher stehen das Ob, Wieviel und Wann einer Außerbetriebnahme völlig in der Entscheidung von A1TA, weshalb die ANB kaum Planungssicherheit hinsichtlich ihrer Verträge und getätigten Investitionen haben.

Die ISPA ist zudem verwundert darüber, dass A1TA eine derartige Regelung überhaupt für erforderlich hält. Grundsätzlich sollte davon auszugehen sein, dass eine Außerbetriebnahme von neu errichteter VHCN-Infrastruktur nur in absoluten Ausnahmefällen erforderlich ist. Die dafür erforderlichen Kriterien müssten aber objektiv geregelt sein und nicht von der alleinigen Entscheidung von A1TA abhängig sein, um einer möglichen Drucksituation auf ANB vorzubeugen.

Außerdem sind die Einzelverträge gem. Punkt 13.2 vom Fortbestand des Rahmenvertrags abhängig. Zwar ist der Rahmenvertrag formell unbefristet abgeschlossen; der beiderseitige Verzicht auf ordentliche Kündigung endet aber nach 5 Jahren ab Vertragsunterzeichnung. Danach kann der Vertrag grundsätzlich von beiden Seiten ordentlich gekündigt werden, wobei eine beiderseitige Verhandlungspflicht nach Treu und Glauben über eine Vertragsfortführung vorgesehen ist. Bei diesen Vertragsverhandlungen ist eine Abwägung zwischen dem Interesse des ANB, seine Bestandskundenverträge vertragskonform weiterführen zu können und dem Interesse von A1TA, aus nachweisbar wirtschaftlichen oder technischen Gründen den Zugang zu VHCN an konkreten Standorten nicht mehr aufrecht zu erhalten, durchzuführen. Diese Kriterien sind äußerst unbestimmt und sorgen nicht für Rechtssicherheit hinsichtlich der Vertragsfortführung. Es ist insbesondere zu befürchten, dass im Rahmen der Vertragsverhandlungen für bestimmte Gebiete auch eine Unterschreitung des ohnehin schon zu niedrigen Mindestabstands von 25% ins Spiel gebracht wird.

Sollte es zwischen A1TA und den ANB zu keiner Einigung über die Fortführung des Rahmenvertrags kommen, würden die Einzelverträge automatisch enden, wobei eine maximale Laufzeit von sieben Jahren nach Inbetriebnahme der jeweiligen VHCN-Infrastruktur gewährt ist. Es ist in diesem Zusammenhang unklar, was die Formulierung „maximale“ Laufzeit bedeutet, weil daneben keine „minimale“ Laufzeit normiert ist und daher die Laufzeit offenbar auch geringer sein kann, wofür im Vertrag jedoch keine Bedingungen geregelt sind. Selbst wenn es sich hierbei um ein redaktionelles Versehen handelt und die Formulierung eigentlich „minimale Laufzeit von sieben Jahren“ lauten sollte, ist diese Regelung äußerst nachteilig für die betroffenen ANB. Denn im Fall einer Nichtverlängerung des Rahmenvertrags bzw. Außerbetriebnahme der Infrastruktur könnten die hohen einmaligen Beteiligungsbeiträge, die von den strategischen Partnern zu leisten sind, schon nach kurzer Zeit gegenleistungslos werden, bevor sich diese Investitionen auch nur ansatzweise amortisieren konnten. Diese Abhängigkeit des Erfolgs eines wirtschaftlichen Unternehmens von individuellen Entscheidungen des Vertragspartners stellt eine Unwägbarkeit dar, welche die breite Masse der ANB (insbesondere kleinere, die nicht von den Skaleneffekten profitieren können) von einer Unterzeichnung der jeweiligen Einzelverträge abhalten wird.

Zusätzlich ist in Punkt 13.1 des VHCN-Vertrags vorgesehen, dass die Beteiligung an Projekten und Abgabe von Verpflichtungserklärungen nur in den ersten fünf Jahren des Rahmenvertrags und die Bestellung von Einzelservices nur in den ersten fünf Jahren ab Inbetriebnahme der jeweiligen VHCN-Infrastruktur möglich ist. Selbst wenn es nach den ersten fünf Jahren des Rahmenvertrags zunächst zu keiner ordentlichen Kündigung kommt und der Rahmenvertrag dadurch formell weiter besteht, ist ab diesen Zeitpunkten weder die Beteiligung an neuen Ausbaugebieten noch eine Bestellung von Services auf bereits errichteter VHCN-Infrastruktur möglich. Die ANB sind dadurch auf VHCN-Infrastruktur vom Zugang für neue Projekte und Neukunden ausgeschlossen. Der Vertrag ist ab dann nur hinsichtlich seiner Verpflichtungen in Bezug auf bereits bestehende Einzelverträge über Services bzw. Vereinbarungen über strategische Partnerschaften relevant. Es handelt sich dadurch nur in formeller Hinsicht um einen unbefristeten Rahmenvertrag, weil wesentliche Inhalte de facto befristet sind.

Auch die Verhandlungspflicht über eine Vertragsfortführung ändert daran nichts, weil darin nur das Interesse des ANB, seine Bestandskundenverträge vertragskonform weiterführen zu können, berücksichtigt wird. Das Interesse des ANB auf Gewinnung neuer Kunden ist hingegen nicht

ausdrücklich zu berücksichtigen. Eine Weigerung von A1TA, in einem fortgeführten Rahmenvertrag auch wieder die Beteiligung an neuen Ausbaugebieten sowie die Bestellung von neuen Services zu ermöglichen, wäre daher aus Gründen der Privatautonomie möglich und folgenlos.

Auch aus diesem Grund stellt der VHCN-Vertrag nach Ansicht der ISPA keinen Ersatz für ein reguliertes Standardangebot dar.

3.6 Die verpflichtende Anzahlung hält kleinere ANB von einer strategischen Partnerschaft ab

Der VHCN-Vertrag sieht in Punkt 1.2 des Anhangs 7 vor, dass strategische Partner bereits zum Zeitpunkt der Bekanntgabe der positiven Ausbauentcheidung (d.h. bevor überhaupt neue Kunden in diesem Gebiet gewonnen werden konnten) eine Anzahlung in Höhe eines jährlichen Zugangsentgelts (12 Monatsentgelte) für 40% der zugesagten Verpflichtungserklärung (Ziel-Take-Rate) zu leisten haben. Diese Verpflichtung führt zu erheblichen Anforderungen an die Liquidität der strategischen Partner, was anhand eines Beispiels demonstriert werden soll.

Unter Annahme eines Ausbaugebiets der unteren Größenordnung (2.000 homes passed) sowie der niedrigsten Beteiligung (8% der homes passed) ergibt sich eine minimale Verpflichtungserklärung auf Gewinnung von 160 Neukunden. Das mittlere Bandbreitenprofil (563.200/102.400 residential) kostet EUR 38,- netto pro Monat, unter Abzug des maßgeblichen Rabatts von 10% sind dies € 34,20 netto pro Monat. Das Jahresentgelt für die Verpflichtungserklärung iHv von 160 Haushalten beträgt daher EUR 65.664,-. Eine Anzahlung in Höhe von 40% entspricht somit einem vom ANB **vorab zu leistenden Betrag iHv EUR 26.265,60**. Bei größeren Ausbaugebieten, höheren Verpflichtungserklärungen oder teureren Serviceprofilen würde sich der Betrag noch erheblich erhöhen.

Es ist offenkundig, dass eine so hohe Anzahlung gerade für kleinere ANB eine enorme Belastung darstellt. Im obigen Beispiel wäre diese nämlich **zusätzlich zu einem einmaligen Beteiligungsbeitrag iHv EUR 20.000,-** (für 2.000 homes passed à € 10,-) zu erbringen, also **insgesamt EUR 46.265,60**. Dies wohlgermerkt für lediglich potenziell 160 Neukunden sowie zu einem Zeitpunkt, zu dem noch keinerlei Kunden gewonnen werden konnten. Die ISPA geht davon aus, dass die strategische Partnerschaft schon aus diesen Gründen keine Option für kleinere ANB darstellt und nicht genutzt werden kann.

3.7 Die Konditionen führen zu geringerer Flexibilität und verringern Skalenvorteile

Der VHCN-Vertrag kennt für Business- und Residential-Services lediglich drei Bandbreitenprofile (262.144/102.400, 563.200/102.400, 1.024.000/102.400). Dies entspricht einer erheblichen Einschränkung im Vergleich zum vULL 2.0 Abkommen, wo etwa für asymmetrische VE-Standard-Services neun Profile existieren, sowie auch zum bisherigen regulierten Standardangebot in dem zusätzlich auch Zwischenprofile vorgesehen sind. Eine solche Einschränkung entspricht auch nicht den im wirtschaftlichen Gutachten angedachten Regulierungsaufgaben, die im Einklang mit den bisherigen Regulierungsbescheiden vorsehen, dass sämtliche Bandbreitenprofile auf allen Zugangstechnologien (Kupfer, FTTx) angeboten werden müssen. Im Ergebnis kommt es dadurch

zu einer klaren Einschränkung der im wirtschaftlichen Gutachten vorgesehenen Zugangsverpflichtungen.⁹

Eine Gleichbehandlungsverpflichtung findet sich nur dahingehend, dass A1TA zum Angebot weiterer asymmetrischer und symmetrischer VHCN-Profile verpflichtet ist, wenn dies zur Replizierbarkeit der korrespondierenden A1TA-Endkundenprodukte erforderlich ist **und** die Bandbreiten der zur Replizierbarkeit erforderlichen VHCN-Profile im Down- und/oder Upstream höher sind als die laut Vertrag angebotenen VHCN-Profile. Dadurch hat A1TA die Möglichkeit zum Angebot von Zwischenprofilen sowie auch von niedrigeren Bandbreitenprofilen auf Endkundenebene, ohne dass ein entsprechendes Profil auch auf Vorleistungsebene angeboten werden muss. Die betroffenen ANB hätten nur die Möglichkeit, ein gleichwertiges Produkt mittels des nächsthöheren Bandbreitenprofils zu realisieren, was aufgrund der erhöhten Vorleistungspreise aber nicht konkurrenzfähig wäre. Es ist daher zu befürchten, dass die A1TA gerade auf niedrigen Bandbreitenprofilen ein de-facto-Monopol im VHCN Ausbaugbiet hätte.

A1TA argumentiert in ihrem Vorbringen, dass der für VHCN-Ausbauentscheidungen relevante Investitionsanreiz dadurch erreicht werden kann, dass in Ausbaugebieten durch ausschließliches Angebot der höheren (und damit höherpreisigen) Bandbreitenprofile ein höherer Endkundenerlös erzielt wird. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass es grundsätzlich ein bestimmtes Kundensegment gibt, welches bei entsprechender Verfügbarkeit niedrigere Bandbreiten zu dementsprechend niedrigeren Preisen bevorzugt. Um diesem entgegenzukommen könnte A1TA daher wirtschaftlich dazu gezwungen sein, entgegen ihrer im Vorbringen geäußerten Absicht sehr wohl auch in VHCN-Ausbaugebieten günstigere Festnetzprodukte mit niedrigeren Bandbreiten anzubieten. Bei fehlender Gleichbehandlungspflicht entstünde hier ein enormer Wettbewerbsnachteil für ANB, welche auf die im VHCN-Abkommen vorgesehenen höherpreisigen Profile eingeschränkt wären. Nach Ansicht der ISPA muss eine derartige Einschränkung der verfügbaren Profile daher zumindest durch eine Pflicht zur technischen Replizierbarkeit auch niedriger Bandbreitenprofile abgesichert werden.

Auch wäre für den ANB künftig die Nachbildung von symmetrischen Bandbreitenprofilen erheblich erschwert, da symmetrische VHCN-Profile im Vertrag gänzlich fehlen. Zwar hätte der ANB die Möglichkeit, symmetrische Endkundenprodukte mithilfe der asymmetrischen VHCN Profile durch die Begrenzung der Downstreambandbreite auf den Wert der Upstreambandbreite einzurichten („Shaping“). Damit würde jedoch ein erheblicher zusätzlicher technischer Aufwand auf Seiten des ANBs einhergehen der zusätzliche Kosten verursacht. Darüber hinaus müsste der ANB dafür zumindest das niedrigste VHCN Business-Service (262.144/102.400) heranziehen, dessen monatliches Entgelt mit EUR 55,00,- deutlich über dem monatlichen Entgelt für symmetrische VE Services im niedrigen Bandbreitenbereich liegt (z.B. EUR 18,73 für 4.096/4.096), wodurch eine Migration dieser Kunden im VHCN Ausbaugbiet weiter erschwert wird. Da es sich bei den Nachfragern nach symmetrischen Bandbreitenprofilen fast ausschließlich um Geschäftskunden handelt, und der Vorleistungsmarkt für Geschäftskundenprodukte laut dem Ergebnis des Wirtschaftlichen Gutachten auch weiterhin bundesweit regulierungsbedürftig ist, ist es umso

⁹ Vgl Hartl/Pisjak/Schramm/Schwarz, *Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 1/20 Markt für den lokalen und zentralen Zugang* (ON 003) S. 131.

wichtiger dafür zu sorgen, dass der ANB auf diesem Markt nicht in seinem bisherigen Zugang auf die Infrastruktur der A1TA eingeschränkt wird.

Zudem handelt es sich bei den Entgelten für VHCN Services um einheitliche monatliche Entgelte für die jeweiligen Bandbreitenprofile. Es gibt daher keine Auftrennung in VE-Service-Entgelte und DSLAM-Management-Entgelte, wie dies im bisherigen regulierten Standardangebot wie auch im vorliegenden vULL 2.0 Abkommen vorgesehen ist. Dadurch haben ANB keine Möglichkeit, zusätzliche Skaleneffekte durch Feinabstimmung (etwa hinsichtlich der Überbuchung der DSLAM-Management Bandbreite) zu realisieren und sind auch in diesem Punkt im Vergleich zur bisherigen Lage wesentlich schlechter gestellt.

3.8 Die Reziprozitätsklausel greift erheblich in die Freiheit der ANBs bei der Gestaltung ihrer eigenen Vorleistungsprodukte ein

Einleitend sieht der VHCN Vertrag unter Punkt 1 vor, dass sich der Vertragspartner dazu verpflichtet, im Falle eines eigenen Ausbaus von VHCN-Netzen A1TA frühzeitig zu Kooperationsgesprächen einzuladen und ihr nach den kommerziellen Grundsätzen des VHCN Vertrags, insbesondere hinsichtlich der Preise, Ziel-Take-Rates, Beteiligungsbeitrag, Margin Squeeze, Zugang auf sein VHCN Netz einzuräumen.

Dies stellt eine erhebliche Einschränkung der Freiheit der alternativen Netzbetreiber bei der Gestaltung ihrer eigenen Vorleistungsprodukte dar. A1TA versucht hierdurch, die Bepreisungslogik ihres VHCN Ausbaus auf den gesamten VHCN Ausbau in Österreich zu übertragen. Angesichts der Tatsache, dass viele ANBs obwohl sie selbst ein Netz betreiben auch auf Vorleistungen der A1TA angewiesen sind, wäre anzunehmen, dass sich ein Großteil der österreichischen Netzbetreiber zu den genannten Konditionen verpflichten müsste, und sich die von der A1TA einseitig festgelegten Konditionen so am Markt etablieren. Demnach hätte A1TA bundesweit Zugang zu allen VHCN Netzen gemäß den von ihnen einseitig definierten Konditionen und der ANB keine Möglichkeit ein Vorleistungsangebot nach seinem eigenen wirtschaftlichen Ermessen zu gestalten. Dies verschafft A1TA die Möglichkeit, ihre marktbeherrschende Stellung auch nach dem Roll-out von VHCN Infrastruktur weiterhin aufrecht zu erhalten.

Während die von A1TA festgelegten Bedingungen darüber hinaus für kleinere Anbieter, wie in dieser Stellungnahme argumentiert, nicht tragbar sind, stellt sich dies umgekehrt ganz anders dar. Für A1TA ist es aufgrund ihrer bestehenden Marktanteile ein leichtes, sich mit hohen Commitments als strategischer Partner an den neuen Ausbauten zu beteiligen und dadurch hohe Rabatte auf die Vorleistungsentgelte zu erhalten, da sie dazu in der Lage sind, ihre Bestandskunden auf die neu errichtete VHCN Infrastruktur zu migrieren.

Auch hinsichtlich des einmaligen Beteiligungsbeitrags sowie der Anzahlung sind auf Seiten von A1TA keine Liquiditätsprobleme zu erwarten. A1TA wäre mit den rabattierten Vorleistungsentgelten in Verbindung mit weiteren Vorteilen eines derart großen Anbieters (insbesondere Skalenvorteile und Mischkalkulation) dazu in der Lage, Kampfpreise anzubieten und dadurch ihre Marktmacht noch weiter auszubauen.

Nicht nachvollziehbar ist auch, dass der Vertragspartner sich dazu verpflichten soll, der A1TA generell Zugang zu nach dem Stichtag neu errichteter VHCN Infrastruktur zu gewähren, während A1TA wie unter Punkt 3.2 dargestellt neu errichtete Gebäude, die erstmals angeschlossen werden, explizit aus dem Vertrag ausnimmt.

Schließlich verhindert die Reziprozitätsklausel auch einen nachhaltigen Infrastrukturwettbewerb, da dem ANB die Anreize genommen werden in Gebieten, in welchen A1TA veraltete Kupferinfrastruktur betreibt, eigene FTTH Infrastruktur auszubauen, da diese nicht exklusiv an dort ansässige Kunden vermarktet werden könnte, sondern die A1TA umgehend ihre eigenen Kunden auf die neue Infrastruktur migrieren könnte. Dies widerspricht gerade auch dem „ladder of investment“ Grundgedanken der Infrastrukturregulierung, wonach ANBs mithilfe der im Rahmen der regulierten Zugangsmöglichkeiten erwirtschafteten Ressourcen selbst in eigene Infrastruktur investieren.

Eine solche Klausel erscheint daher klar missbräuchlich und entgegen den regulatorischen Bestrebungen eine zukünftige weitere Abhängigkeit vom Netz der A1TA zu verhindern und sollte **daher jedenfalls aus dem Vertrag gestrichen werden.**

3.9 Ungerechtfertigte Schlechterstellung des „VHCN Vertrags - Einzellösung“

Während die oben genannten Kritikpunkte, insofern die Verträge inhaltsgleich sind, auch auf den „VHCN Vertrag – Poollösung“ zutreffen, bietet die „Poollösung“ in manchen Bereichen deutliche Vorteile gegenüber der „Einzellösung“, die nach Ansicht der ISPA sachlich nicht gerechtfertigt sind. Insbesondere beträgt der von A1TA zugesicherte Mindestabstand zwischen Vorleistungsentgelt und Endkundenpreis bei der Poollösung 27 % anstelle von 25 %. Darüber hinaus wird in der „Poollösung“ auch ein Mindestabstand von EUR 10,70 ausgehend vom niedrigsten Endkundenprofil zugesichert. Dieser Wert ist zwar noch immer weit weg von dem im Rahmen des Wirtschaftlichen Gutachtens als notwendig erachteten Wert von 51,7 % im Privatkundensegment sowie 52,1% im Geschäftskundensegment, dennoch erscheint diese Unterscheidung in den beiden Verträgen sachlich ungerechtfertigt. Ebenso fallen die monatlichen Entgelte für das niedrigste VHCN Profil (sowohl Residential als auch Business) in der Poollösung niedriger aus.

Dabei muss insbesondere berücksichtigt werden, dass wie bereits einleitend ausgeführt, der überwiegende Großteil der ANBs aufgrund deren Größe bzw. deren regionalem Einzugsgebiet sich nicht bundesweit am Infrastrukturausbau beteiligen kann und daher auch nicht das im Rahmen der „Poollösung“ geforderte bundesweite Commitment abgeben kann. Beinahe sämtliche ANBs sind daher auf den „VHCN Vertrag – Einzellösung“ angewiesen. Am Ende hätte diese Ungleichbehandlung somit zur Folge, dass gerade kleine Anbieter höhere Vorleistungsentgelte bezahlen müssten als große ANBs welche auf die Poollösung zurückgreifen können.

4. Aktualisierung von Marktdaten (zu Punkt 4 des Vorbringens von A1TA)

Die auch von den Gutachtern erhobene Datenlage zeigt eindeutig eine marktbeherrschende Stellung von A1TA am Vorleistungsmarkt für Geschäftskundenprodukte sowie zumindest in den im

Gutachten als Markt 2 definierten Gemeinden.¹⁰ Es gibt keine Indizien, dass sich diese Daten zwischenzeitlich maßgeblich verändert haben.

Die von A1TA als Quelle herangezogene „A1 Marktforschung“ kann nach Ansicht der ISPA jedenfalls nicht als objektive Datenquelle für eine behördliche Entscheidung herangezogen werden. Vielmehr ist hierzu einzig die von der RTR selbst durchgeführte Datenerhebung geeignet. Sofern also die Behörde tatsächlich zu dem Ergebnis kommt, dass die Daten veraltet sind, müsste sie diese selbst neu erheben und darauf basierend das Gutachten adaptieren.

Hinsichtlich der Darstellungsweise der Entwicklung des Marktanteils von A1TA möchte die ISPA anmerken, dass diese „Vorhersagen“ nur wenig aussagekräftig sind. Erstens sind sie nicht klar terminiert. Zweitens werden nicht öffentliche Datenquellen („A1 Marktforschung“) genutzt, und drittens beruhen sie auf einem nicht nachvollziehbaren und nicht weiter untermauerten linearen Prognoseverfahren. In diesem Zusammenhang möchte die ISPA auch nochmals auf die Ergebnisse der in das Verfahren zur ON 006 eingereichten Studie zur Zukunft von ex-ante-Zugangsverpflichtungen für A1 Telekom Austria in Österreich hinweisen, die anhand von objektiven Daten (anstelle von internen Marktforschungsdaten einer Verfahrenspartei) zu dem eindeutigen Ergebnis kommt, dass der Marktanteil von A1TA am Festnetzmarkt jedenfalls auch 2025 noch bei mindestens 48 %, und nicht wie von A1TA dargestellt bei 40 % liegen wird.

Die Darstellung in Abb. 2 ist darüber hinaus irreführend, da durch eine komprimierte Darstellung der Werte auf der X-Achse ein weitaus steilerer Abfall suggeriert wird, als dies tatsächlich der Fall ist.

Selbst bei Zugrundlegung dieser A1TA-internen Marktzahlen sowie unter Einbeziehung der mobilen Breitbandprodukte würde sich der Marktanteil von A1TA frühestens Ende 2024 der 40%-Schwelle annähern, dies noch dazu unter der unbegründeten Annahme einer linearen Entwicklung. Des Weiteren wird hier der bundesweite Marktanteil herangezogen, die Gutachter gehen jedoch gerade von zwei unterschiedlichen Märkten aus. In den zum regulierungsbedürftigen Markt 2 zugeordneten Gemeinden ist umso weniger davon auszugehen, dass sich der Marktanteil angesichts der bestehenden Wettbewerbsdefizite in diese Richtung entwickelt. Auch (und gerade!) unter Einbeziehung der vorgelegten Verträge gibt es absolut keinen Grund zur Annahme, dass sich der dort festgestellte Marktanteil von A1TA – noch dazu ohne regulatorische Auflagen (!) – auch nur einer Schwelle von 50 % oder gar 40 % nähert.

4.1 Skaleneffekte (Punkt 4.4 des Vorbringens von A1TA)

Das von A1TA vorgebrachte Argument, wonach eine weitaus höhere Kundenbasis des fiktiven ANB zu wählen wäre, baut wiederum unbegründeter Weise auf der Annahme auf, dass sich die Kundenentwicklung der beiden größten ANB aus den letzten zwei Jahren unverändert linear für die nächsten fünf bis zehn Jahre fortsetzen wird.

¹⁰ Vgl Hartl/Pisjak/Schramm/Schwarz, *Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 1/20 Markt für den lokalen und zentralen Zugang* (ON 003) S. 120.

Nachdem die Kundengewinnung in den vergangenen zwei Jahren auf zahlreiche Jahre des Kundenverlusts folgt und damit am ehesten einer Wellenbewegung entspricht, ist die Forderung eines Werts von 200.000 zur Heranziehung als Kundenbasis nicht nachvollziehbar. Nachdem dies nach Angaben von A1TA den Mittelwert der beiden größten ANB darstellen soll, wird offensichtlich von einer Kundenbasis in Summe von 400.000 allein bei den beiden größten ANBs ausgegangen. Hier ist darauf hinzuweisen, dass selbst in der Hochphase der Entbündelung zum Ende der 2000er-Jahre von allen ANB gemeinsam (!) niemals diese Schwelle überschritten wurde. Vielmehr lag der Höchstwert im Jahr 2007 bei knapp 340.000. Mittlerweile – und nur die Gegenwart kann den Ausgangspunkt für die Prognose darstellen – bewegt sich dieser Wert bei ungefähr 200.000 Kunden (siehe auch Abb. 3 im Wirtschaftlichen Gutachten ON 003¹¹). Die Annahme, dass sich dieser Wert bei einer gänzlichen oder einer teilweisen Aufhebung der Regulierung auf einen nie zuvor erreichten Wert verdoppeln (!) würde, ist absolut unbegründet. Einer linearen Fortschreibung der Entwicklung der vergangenen zwei Jahre ist daher nicht zu folgen.

Darüber hinaus werden hier ausschließlich die Zahlen zweier sehr großer Unternehmen herangezogen. Während bereits die im wirtschaftlichen Gutachten angenommenen Zahlen für die allermeisten Vorleistungsbezieher absolut unrealistisch sind, würde dies durch die vorgeschlagene Erhöhung noch weiter forciert werden. Die ISPA fordert daher, anstelle einer ohne jegliche Begründung geforderten Kundenbasis von 200.000 einen auch für kleine und mittelgroße Unternehmen angemessenen Wert von 20.000 heranzuziehen, wodurch viel eher dem Markt entsprochen wird.

4.2 Zurechnung von Wholesale-Anschlüssen (Punkt 4.5 des Vorbringens von A1TA)

Von A1TA wird kritisiert, dass im wirtschaftlichen Gutachten sämtliche Anschlüsse basierend auf physischer Entbündelung, virtueller Entbündelung und Bitstream der A1TA zugerechnet werden und fordert stattdessen eine Gleichverteilung auf alle Infrastrukturanbieter oder eine Verteilung entsprechend der Marktanteile der übrigen Infrastrukturanbieter.

Die ISPA hält dazu fest, dass eine vollständige Zurechnung der Vorleistungsanschlüsse an die A1TA am ehesten der Realität entspricht. Eine Aufteilung dieser Kunden anhand der Marktanteile würde auch eine dementsprechende Aufteilung der Infrastrukturanteile voraussetzen, welche in Österreich offenkundig nicht gegeben ist. Dem Argument, dass Endkunden von ANBs, die über Vorleistungsprodukte der A1TA angeschlossen sind, offenbar „nicht für die Vertriebswege von A1 empfänglich sind“ und deshalb auch im Falle der Nichtverfügbarkeit von Vorleistungsprodukten keine Kunden von A1TA wären, ist nicht zu folgen. ANB gewinnen ihre Endkunden nicht durch bessere Vertriebsmethoden (in dieser Hinsicht hat das marktbeherrschende Unternehmen unbestritten Vorteile), sondern durch flexible Produktgestaltung, attraktive Preise und guten Service. Bei Nichtverfügbarkeit dieser ANB-Produkte wären diese Endkunden aufgrund der Dominanz von A1TA auf Infrastrukturebene dazu gezwungen, auf deren Produkte auszuweichen. Die ISPA ist

¹¹ Vgl. Hartl/Pisjak/Schramm/Schwarz, *Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 1/20 Markt für den lokalen und zentralen Zugang* (ON 003) S. 20.

daher der Ansicht, dass eine vollständige Zurechnung der Vorleistungsanschlüsse an A1TA am ehesten der Realität entspricht.

5. Vorwurf der Zugangsverweigerung (zu Punkt 5 des Vorbringens von A1TA)

In ihren Ausführungen schafft es A1TA nicht, den Vorwurf der möglichen Zugangsverweigerung zu entkräften. Anstelle einer klaren Zusicherung, auch in Hinkunft – unabhängig vom Ausgang des Marktanalyseverfahrens – weiterhin bundesweit Zugang mittels virtueller Entbündelung zu gewähren, versucht A1TA die vorgelegten Verträge als Schlupfloch für eine bundesweite Deregulierung zu nutzen.

Auch ANB, die Mitglieder der ISPA sind, wurden in Gesprächen wiederholt dazu gedrängt, das vorgelegte Abkommen bis zu einem Stichtag zu unterschreiben, um jedenfalls weiterhin bundesweiten Zugang zum Netz von A1TA zu erhalten. Im Umkehrschluss wurde nahegelegt, dass ohne rechtzeitige Unterzeichnung des Abkommens – noch vor Ende des aktuellen Marktanalyseverfahrens – der bundesweite Zugang gerade nicht mehr abgesichert wäre.

Insofern A1TA den Vorwurf der Zugangsverweigerung daher tatsächlich entkräften möchte, fordert die ISPA A1TA dazu auf, den Vertrag über die virtuelle Entbündelung 2.0 in Hinkunft jedenfalls für Markt 1 und unabhängig von etwaigen Regulierungsaufgaben für Markt 2 anzubieten.

Sofern die Regulierungsbehörde daher zu dem Ergebnis kommt, dass für Markt 2 weiterhin Regulierungsaufgaben erforderlich sind, bestünde die Möglichkeit, entweder den Vertrag über die virtuelle Entbündelung 2.0 sowie den VHCN Vertrag an diese Anforderungen anzupassen, und so einen einheitlichen bundesweites Standardvertrag zu schaffen, oder den Vertrag auf Markt 1 einzugrenzen und für den regulierungsbedürftigen Markt 2 sowie den bundesweiten Vorleistungsmarkt für Geschäftskundenprodukte einen eigenen Standardvertrag anzubieten.

Abschließend möchte die ISPA darauf hinweisen, dass sich bislang leider gezeigt hat, dass einseitige Zusagen zur Aufrechterhaltung von Zugangsmöglichkeiten seitens A1TA nicht sehr belastbar sind. Als Beispiel aus der jüngsten Vergangenheit dient dabei die überraschende Einstellung der Bitstream-Vorleistungsprodukte „Wholesale-Residential“ sowie „Wholesale-Residential-Hybrid“ im Jahr 2018. Die entsprechende Verpflichtung von A1TA zum Angebot eines solchen Vorleistungsproduktes wurde bereits mit dem Regulierungsbescheid M 1.2/2012 aufgehoben, trotzdem hat A1TA zugesagt, das Vorleistungsprodukt – ohne regulatorische Auflagen – auch weiterhin bundesweit anzubieten. Die plötzliche Aufhebung war gerade für zahlreiche kleine und mittelgroße Betreiber äußerst überraschend und stellte diese vor immense Probleme, auch, da das als Ersatzprodukt angepriesene „vULL zentral“ Vorleistungsprodukt gerade kein adäquater Ersatz ist. Während die Einstellung des Bitstream-Vorleistungsprodukts jedoch nur einen Teil des Marktes betroffen hat, würde jegliche Änderung oder Aufhebung des vULL-Vorleistungsprodukts den gesamten Markt betreffen. Daher kann der Aussage, dass A1TA „ja bereits in der Vergangenheit bewiesen [habe], dass auch im Falle der Zurücknahme von regulatorischen Verpflichtungen keine Zugangsverweigerung erfolgte“, nur entschieden widersprochen werden, das Gegenteil ist der Fall.

6. Mangelnde Flexibilität bei der Produktgestaltung (zu Punkt 7 des Vorbringens von A1TA)

A1TA argumentiert, dass die Verpflichtungen aufgrund der aktuellen Bescheide M1.5/15 sowie M1.6/15 zum Angebot von niedrigen Bandbreitenprofilen auf Wholesale-Ebene sowie zum Angebot von Zwischenprofilen auf Nachfrage die Flexibilität von A1TA auf Retail-Ebene einschränken und dadurch der Ausbau von VHCN-Netzen nicht wirtschaftlich wäre. Hier ist festzuhalten, dass es auch zukünftig eine gewisse Nachfrage nach niedrigen Bandbreitenprofilen geben wird. Wie bereits an vorangehender Stelle argumentiert, besteht daher die Gefahr, dass A1TA in Folge sehr wohl niedrigere Bandbreitenprofile auf Endkundenebene im Festnetzbereich anbietet, um dieser Nachfrage zu entsprechen. In diesem Fall wären aber wiederum die ANB im Nachteil, weil diese dann ihrerseits kein ähnliches Produkt anbieten könnten. Zudem ist mangels konkreter kalkulatorischer Grundlagen fraglich, ob dies tatsächlich einen maßgeblichen Einfluss auf die Ausbauentcheidung hat.

Wirtschaftliche Schwierigkeiten beim Ausbau von VHCN-Netzwerken können nach Ansicht der ISPA nicht mit einer Verkleinerung des Produktportfolios zulasten der ANB behoben werden, sondern müssen auf anderen Wegen (z.B. durch verstärkte öffentliche Ausbau- und nachfrageseitige Förderungen) gelöst werden. Zudem bieten die in § 98 TKG 2021 enthaltenen Bestimmungen über Koinvestitionsvereinbarungen für den Ausbau von VHCN-Netzen neue Möglichkeiten, wie ein Ausgleich zwischen dem öffentlichen Interesse an der Errichtung von VHCN-Netzwerken und den wirtschaftlichen Interessen des ausbauenden Unternehmens sowie der ANB gefunden werden kann. Freilich sind diese neuen Instrumente mit äußerster Sorgfalt einzusetzen und die strengen gesetzlichen Anforderungen an derartige Koinvestitionsvereinbarungen zu beachten, um den Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität nicht um den Preis marktwirtschaftlicher Schieflagen zu erkaufen (siehe hierzu auch die Ausführungen in Punkt 3).

7. Nutzung von Zwischenprofilen (zu Punkt 8 des Vorbringens von A1TA)

A1TA argumentiert die Aufhebung der Pflicht zur Bereitstellung von Zwischenprofilen zum einen damit, dass nun eine höhere Nachfrage nach der virtuellen Entbündelung bestünde und zum anderen damit, dass die Angebote der ANB im Wesentlichen jenen von A1TA nachgebildet sind und Zwischenprofile daher offenbar nicht erforderlich wären.

Hinsichtlich der ersten Behauptung ist zu erwidern, dass es sich hierbei um eine fehlgeleitete Schlussfolgerung handelt. Nachdem gerade das Angebot von Zwischenprofilen zu einer gesteigerten Nachfrage nach der virtuellen Entbündelung geführt hat (laut Ausführungen von A1TA machen diese Zwischenprofile immerhin 14 % der Nachfrage aus), hätte die Aufhebung dieser Regulierungsaufgabe genau den gegenteiligen Effekt und würde zu einer sinkenden Nachfrage führen. Genau das gilt es im regulierungsbedürftigen Markt jedoch zu vermeiden.

Dem zweiten Argument, dass die Angebote der ANB im Wesentlichen jenen von A1TA nachgebildet sind, ist zu entgegnen, dass der Hauptzweck der zusätzlichen Zwischenprofile laut Bescheid M 1.5/15 vor allem darin besteht, dass sich „alternative Betreiber so weit wie möglich (und wie beim Bezug der physischen Entbündelung) bei Produkteigenschaften und Preisen von A1 differenzieren können. Einer der wesentlichsten Parameter bei Breitbandprodukten ist die Bandbreite, weshalb hier

eine Differenzierung jedenfalls möglich sein muss.“ Diese Begründung entspricht auch der erstmals im Regulierungsbescheid M 3/09-103 dargelegten Vorgabe, dass die virtuelle Entbündelung ein gleichwertiger Ersatz für die physische Entbündelung sein soll.

Es ist daher zum einen unerheblich, ob die Zwischenprofile zur flexiblen Gestaltung der am Endkundenmarkt angebotenen Bandbreiten oder zur Preisgestaltung verwendet werden, da beides erfasst sein soll. Zum anderen wird die Behauptung, dass Zwischenprofile nicht zur differenzierten Produktgestaltung verwendet werden, von A1TA mit keinen belastbaren Daten untermauert.

Aus diesen Gründen muss auch das Angebot von Zwischenprofilen weiterhin einen essenziellen und verhältnismäßigen Bestandteil der Regulierungsaufgaben darstellen, um die Abhängigkeit der ANB von der Produktgestaltung von A1TA zumindest zum Teil zu reduzieren und diesen eine differenzierte Produktgestaltung zu ermöglichen.

Die TKK hat einem entsprechenden Ansinnen von A1TA bereits im letzten Regulierungsbescheid eine klare Absage erteilt. Aufgrund der unveränderten Sachlage ist auch keine Abweichung davon indiziert.

8. Satellitenlösung als zusätzliches flächendeckendes Infrastrukturangebot (zu Punkt 12 des Vorbringens von A1TA)

In Punkt 12 ihres Vorbringens argumentiert A1TA, dass im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung auch satellitenbasierte Breitbandzugangslösungen berücksichtigt werden sollten.

Zwar ist zuzustimmen, dass bei der Marktanalyse eine zukunftsorientierte Betrachtungsweise heranzuziehen ist. Es ist jedoch offensichtlich, dass die angeführten Produkte bislang nicht nachgefragt werden. Es gibt daher keine Indizien, dass diese Produkte in dem für die Regulierung relevanten Zeitraum von fünf Jahren zu signifikanten Änderungen der Marktlage führen werden. Die ISPA ist vielmehr der Ansicht, dass satellitenbasierte Breitbandzugangslösungen auch in einer langfristigen Betrachtung aufgrund der hohen einmaligen und fortlaufenden Kosten sowie aufgrund abweichender technischer Parameter keine weite Verbreitung finden und lediglich eine Nischenposition für Sonderfälle (insbesondere abgelegene Gebiete, die anders nicht versorgt werden können) einnehmen werden. Keinesfalls ist es gerechtfertigt, diese in einer auf die nächsten Jahre gerichteten prognostischen Beurteilung als adäquates Substitut für festnetz-basierte Breitbandanschlüsse zu werten.

9. Regionale Aktionen (zu Punkt 14 des Vorbringens von A1TA)

Anders als von A1TA vorgebracht ist es nicht zutreffend, dass jede Aktion eines lokalen Kabelnetzbetreibers eine regionale Aktion darstellt. Für regionale Aktionen ist charakteristisch, dass sich der Preis in einem geographisch abgegrenzten Teil des Einzugsgebiets eines bestimmten Anbieters von dessen Standardpreis unterscheidet, weil in diesem Gebiet besondere Marktbedingungen vorliegen. Bei den Aktionen regionaler Kabelnetzbetreiber wird der Preis jedoch für sämtliche Haushalte im Einzugsgebiet dieser Betreiber gesenkt, ohne dass eine weitere geographische Differenzierung vorgenommen wird. Die geographische Begrenzung dieser Aktionen

resultiert daher ausschließlich aus der geographischen Begrenzung des Einzugsgebiets und nicht aus einer besonderen regionalen Marktlage, weshalb keine regionale Preisdifferenzierung vorliegt. Dies ist auch dadurch indiziert, dass sich die Aktionen der Kabelnetzbetreiber auf deren gesamtes Versorgungsgebiet erstrecken und nicht lediglich auf Teile, in denen eine besondere Marktsituation vorliegen könnte.

Darüber hinaus sind regionale Aktionspreise gerade ein Grund, welchen die Gutachter heranziehen, um eine Aufteilung in zwei Märkte zu argumentieren.¹² Gerade von einer solchen Aufteilung geht A1TA jedoch offenbar nicht aus, indem sie ansucht, die Regulierung für das gesamte Bundesgebiet aufzuheben, und beispielsweise unter Punkt 4 die Entwicklung des Marktanteils im gesamten Bundesgebiet darstellt.

Die ISPA hofft auf die Berücksichtigung ihrer Bedenken und Anregungen.

Für Rückfragen und weitere Auskünfte stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

ISPA – Internet Service Providers Austria

Die ISPA – Internet Service Providers Austria – ist der Dachverband der österreichischen Internet Service-Anbieter und wurde im Jahr 1997 als eingetragener Verein gegründet. Ziel des Verbandes ist die Förderung des Internets in Österreich und die Unterstützung der Anliegen und Interessen von über 200 Mitgliedern gegenüber Regierung, Behörden und anderen Institutionen, Verbänden und Gremien. Die ISPA vertritt Mitglieder aus Bereichen wie Access, Content und Services und fördert die Kommunikation der Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmer untereinander

¹² ¹² Vgl. Hartl/Pisjak/Schramm/Schwarz, *Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 1/20 Markt für den lokalen und zentralen Zugang* (ON 003) S. 56ff.

An die
Telekom-Control-Kommission (TKK)
z.H. Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH
Mariahilferstraße 77-79
1060 Wien

E-Mail: rtr@rtr.at

Wien, am 25. April 2022

ISPA STELLUNGNAHME ZUM GUTACHTEN „MARKT FÜR DEN LOKALEN UND ZENTRALEN ZUGANG – KOMMERZIELLE VEREINBARUNGEN“ VOM 21.03.2022 IM VERFAHREN M 1.1/20

Sehr geehrte Damen und Herren,

die ISPA erlaubt sich, folgende Stellungnahme zum Gutachten der Amtssachverständigen „Markt für den lokalen und zentralen Zugang – kommerzielle Vereinbarungen“ (ON 71) im Verfahren M 1.1/20 abzugeben.

1. Einleitung: Bisherige Kritik an den kommerziellen Vereinbarungen bleibt bestehen

1.1 Keine ausreichende Würdigung der Kritikpunkte der ISPA

Die ISPA hat eine detaillierte, 30 Seiten umfassende Stellungnahme (ON 69) zum Vorbringen der A1TA vom 17.12.2021 (ON 61) erarbeitet, welche am 18.03.2022 durch die Verfahrenspartei KAPPER NETWORK-COMMUNICATIONS GmbH ins Verfahren eingebracht wurde. Das Gutachten „Markt für den lokalen und zentralen Zugang – kommerzielle Vereinbarungen“ (ON 71; in weiterer Folge als „Ergänzungsgutachten“ bezeichnet) wurde am 23.03.2022 an die Verfahrensparteien zugestellt und ist selbst mit 21.03.2022 datiert. Somit standen den Amtsgutachtern nur zwei Werkzeuge zur Verfügung, um die detaillierten Kritikpunkte zu lesen, inhaltlich zu bewerten bzw. nachzuprüfen und in das Gutachten einzuarbeiten. Auch wenn Teile der Kritik bereits vorab an die RTR-GmbH kommuniziert wurden, ist schwer vorstellbar, dass in einer derart knappen Zeit eine ausreichende Würdigung der in der Stellungnahme aufgezeigten Inhalte erfolgen konnte. Es wird zwar eingangs angemerkt, dass die Kritikpunkte der ISPA für die inhaltliche Ausgestaltung des Gutachtens relevant gewesen seien, doch wird an keiner Stelle ausdrücklich darauf Bezug genommen. Die ISPA nimmt dies zum Anlass, erneut auf die Inhalte der am 18.03.2022 eingebrachten Stellungnahme zu verweisen, zumal diese in größten Teilen von den Änderungen in

den kommerziellen Vereinbarungen unberührt bleibt und ersucht die Amtsgutachter, sich detailliert mit der geäußerten Kritik auseinanderzusetzen.

1.2 Vorteil eines bundesweiten Angebots für ANB ist zweifelhaft

A1TA hat mit den gegenständlichen kommerziellen Vereinbarungen ein Angebot vorgelegt, dessen Verpflichtungen nach Ansicht der ISPA hinter den im wirtschaftlichen Gutachten vom 8. März 2021 (ON 003) sowie in den Folgegutachten festgelegten minimalen regulatorischen Verpflichtungen für die als regulierungsbedürftig festgestellten Märkte zurückbleiben. Zum einen ergibt sich dies aus den konkreten Entgeltregelungen (z.B. symmetrische Profilentgelte, Entgelt für das VE-Standard-Serviceprofil 300/30), insbesondere aber aufgrund der für ANB äußerst nachteiligen Nachbildbarkeitsbestimmungen, auf die an späterer Stelle dieser Stellungnahme eingegangen wird. Auch die Gutachter weisen an verschiedene Stellen auf diese Abweichungen hin, stellen aber fest, dass die Vorteile eines bundesweit einheitlichen Angebots für ANB diese Nachteile in Summe aufwiegen würden.¹ Dies wird mit einer Senkung von Barrieren für Marktzutritt und Expansion sowie mit höheren Skalen- und Verbundvorteilen begründet.²

Dahinter steht offensichtlich die Annahme, dass A1TA im Falle einer teilweisen Deregulierung auf dem nunmehr unregulierten Teilmarkt das Angebot von Vorleistungsprodukten einstellen bzw. deutlich höhere Entgelte verlangen könnte.³ Die Amtsgutachter treffen aber keinerlei Feststellung dahingehend, ob diese Möglichkeit auch wahrscheinlich ist.

Nach Ansicht der ISPA ist davon auszugehen, dass A1TA auch im Falle eines teilweise deregulierten Marktes auch im deregulierten Gebiet 1 auf Privatkundenebene weiterhin Vorleistungsprodukte zu zumutbaren Bedingungen anbieten wird. In diesem Gebiet, in dem das wirtschaftliche Gutachten vom 8. März 2021 (ON 003) zu dem Ergebnis gekommen ist, dass angesichts der vorhandenen Wettbewerbsdynamik keine Vorabregulierung notwendig ist, hat A1TA einen wirtschaftlichen Anreiz, weiterhin Vorleistungsprodukte anzubieten. Denn hier ist aufgrund des bestehenden Konkurrenzdrucks zu erwarten, dass bei Einstellung des Vorleistungsangebots nicht sämtliche Kunden der ANBs zu A1TA wechseln würden. A1TA kann den Wegfall der Erlöse auf Vorleistungsebene daher nicht mit gesteigerten Erlösen auf der Endkundenebene kompensieren (siehe oben), weshalb eine Einstellung des Vorleistungsangebots mit wirtschaftlichen Nachteilen verbunden wäre.

Vielmehr wäre zu erwarten, dass A1TA auf dem unregulierten Teilmarkt den Zugang auf Basis einer kommerziellen Vereinbarung zu ähnlichen Konditionen wie in vULL 2.0 weiter gewährt. Eine erhebliche Verschlechterung gegenüber diesen Bedingungen wäre hingegen nicht zu erwarten, weil bereits vULL 2.0 eine massive Schlechterstellung zum Status Quo bedeutet und A1TA ein wirtschaftliches Interesse daran hat, dass in Gebiet 1 auch tatsächlich Vorleistungen bezogen werden. Damit unterscheidet sich Gebiet 1 auch grundlegend von Gebiet 2 bzw. vom

¹ Vgl. Hartl/Pisjak/Schramm/Schwarz, *Ergänzungsgutachten Markt für den lokalen und zentralen Zugang* (ON 71), S. 60.

² Vgl. ebd., S. 41.

³ Vgl. ebd., S. 60.

Geschäftskundenmarkt, auf dem, wie unter Punkt 1.3 dieser Stellungnahme ausgeführt, ein solches kommerzielles Interesse gerade nicht besteht.

Derartige Überlegungen lassen sich im aktuellen Ergänzungsgutachten an keiner Stelle finden. Vielmehr wird von der bloßen Möglichkeit, dass A1TA den Vorleistungszugang einschränken könnte, auf die Vorteile eines bundesweiten kommerziellen Angebots geschlossen, ohne dass sich das Gutachten näher mit der Wahrscheinlichkeit eines solche Szenarios befasst.

Unter der begründeten Annahme, dass A1TA das Vorleistungsangebot im Fall einer teilweisen Deregulierung auch im unregulierten Gebiet 1 aufrechterhalten würde, erübrigt sich jedoch das Argument der Senkung von Barrieren für Marktzutritt und Expansion sowie der Skalen- und Verbundvorteile, weil ein geographisch differenziertes Vorleistungspreisregime für die ANB ohne wirtschaftlichen Aufwand implementierbar ist. Dies ist bereits jetzt aufgrund der zahlreichen Aktionen von A1TA auf Vorleistungsebene der Fall.

Dadurch gibt es aber keinen Grund mehr, im regulierungsbedürftigen Gebiet 2 auf Privatkundenebene sowie bundesweit auf Businesskundenebene von den Minimalstandards abzugehen. Würden die Amtsgutachter konsequent an ihren vorangehenden Feststellungen festhalten, müsste daher eine Regulierung von Privatkundenprodukten in Gebiet 2 sowie eine bundesweite Regulierung für Geschäftskundenprodukte mit den im wirtschaftlichen Gutachten vom 8. März 2021 aufgezählten Regulierungsinstrumenten empfohlen werden. Denn ansonsten würden die dortigen Feststellungen schlichtweg ohne Begründung ignoriert werden.

Eine derartige Teilregulierung entspricht aus Sicht der ISPA noch am ehesten den Marktgegebenheiten und wäre auch für die Mehrzahl der ANB vorteilhafter als ein bundesweites Angebot zu den schlechten Bedingungen von vULL 2.0 bzw. der VHCN-Verträge. Wie bereits ausgeführt, ist aufgrund des in den unregulierten Gebieten herrschenden Wettbewerbsdrucks aus wirtschaftlichen Gründen nicht zu erwarten, dass A1TA den Zugang zum Vorleistungsangebot einstellt oder massiv verschlechtert.

Nicht zuletzt handelt es sich bei den vorgelegten kommerziellen Vereinbarungen de facto nicht um ein bundesweites Angebot, weil mit fortschreitendem VHCN-Ausbau vermehrt Gebiete aus dem Anwendungsbereich des vULL 2.0-Vertrages fallen und der Zugang dort nur mehr zu den Konditionen des VHCN-Vertrags erfolgen kann, was nach Ansicht der ISPA und wohl auch der Amtsgutachter für Abnehmer zu den unrabattierten Standardkonditionen wirtschaftlich kaum möglich sein wird.⁴ Für diese ANB bleibt dann nur mehr lückenhafte Landkarte nach vULL 2.0, was erst wiederum negative Auswirkungen auf Skalierung und Markteintritt hat.

1.3 Bloße Absichtserklärungen ersetzen keine rechtlichen Verpflichtungen

A1TA bringt vor, dass die Verträge vULL 2.0 sowie VHCN (Einzel- und Poollösung) in den nächsten fünf Jahren jedem bestehenden oder neuen Vorleistungsnehmer am österreichischen Markt zugänglich gemacht werden und auch gesondert voneinander unterschrieben werden können.

⁴ Vgl. ebd., S. 50.

Hierzu ist anzumerken, dass dies – wie auch von den Amtsgutachtern richtig festgestellt⁵ – unverbindliche Absichtserklärungen von A1TA sind, welche für die wettbewerbliche Beurteilung keine Relevanz haben. Da es sich bei den Verträgen vULL 2.0 sowie VHCN um privatrechtliche Verträge handelt, erwächst keinem bestehenden oder neuen Vorleistungsbezieher ein Anspruch auf Vertragsunterzeichnung. Es erscheint der ISPA daher zentral, darauf hinzuweisen, dass A1TA im Falle einer Deregulierung auf Basis der vorgebrachten Vertragsentwürfe zukünftig die Möglichkeit hat, einseitig ANB vom Zugang auszuschließen. Es kann zwar (siehe im Detail Punkt 2.5 dieser Stellungnahme) ein Streitbeilegungsverfahren vor der Regulierungsbehörde nach § 203 Abs. 3 TKG eingeleitet werden, dabei kann A1TA jedoch nicht gegen ihren Willen zur Zugangsgewährung verpflichtet werden. Die ISPA kann auch nicht nachvollziehen, weshalb die Amtsgutachter allgemein zum Schluss kommen, dass A1TA „[...] hinreichend starke kommerzielle Anreize hat, vULL 2.0 und VHCN-Zugang auch in Zukunft anzubieten“.⁶ Sollte dahinter die Annahme stehen, dass A1TA auf den bundesweiten Vertrieb von Vorleistungsprodukten wirtschaftlich angewiesen ist, so muss dies dahingehend differenziert werden, dass A1TA nicht per se ein wirtschaftliches Interesse am Verkauf von Vorleistungsprodukten hat, sondern nur dann, wenn der jeweilige Endkunde nicht mit einem A1-Endkundenprodukt angebunden werden kann, mit dem ein höherer Ertrag erzielt werden kann.

Sollten ANB ihre Endkunden aufgrund fehlender Vorleistungsangebote nicht mehr anbinden können, müssen diese Endkunden auf Anbieter mit eigener Infrastruktur ausweichen. A1TA hat hier als einziger Anbieter mit einer österreichweiten Festnetzinfrastruktur einen erheblichen Vorteil, diese Menge an potenziellen Kunden zu akquirieren. Konträr zum wirtschaftlichen Interesse der A1TA auch ohne Regulierungsaufgaben weiterhin ein Vorleistungsangebot in Gebiet 1 aufrechtzuerhalten (siehe bereits in Kapitel 1.2) ist gerade in denjenigen Märkten, in denen die Amtsgutachter durch das wirtschaftliche Gutachten vom 8. März 2021 (ON 003) eine marktbeherrschende Position von A1TA festgestellt hatten (dies entspricht dem Markt für Privatkundenprodukte in Gebiet 2 sowie dem bundesweiten Markt für Geschäftskundenprodukte) damit zu rechnen, dass es aufgrund fehlender Konkurrenz zu einer weitgehenden Umschichtung von Vorleistungs- in Endkundenanbindungen auf Seiten von A1TA kommt, sprich, dass die betroffenen Kunden von den ANB zwangsläufig zu A1TA wechseln (müssen). Dadurch ist zu erwarten, dass A1TA die Verluste durch den Wegfall von Vorleistungserlösen durch eine steigende Anzahl von Endkundenerlösen mehr als ausgleichen kann.

Die ISPA kann daher die Ansicht der Amtsgutachter, wonach A1TA aufgrund „kommerzieller Anreize“ zum Abschluss von kommerziellen Vereinbarungen gezwungen sei, nicht nachvollziehen. Für ein marktwirtschaftlich agierendes Unternehmen wäre es vielmehr rational, das Angebot von Vorleistungsprodukten nur dort aufrecht zu erhalten, wo im Falle einer Einstellung des Vorleistungsangebots mit Gewinneinbußen zu rechnen wäre. Dies wird, wenn überhaupt, lediglich im Gebiet 1 für Privatkundenprodukte sowie bundesweit für Geschäftskundenprodukte der Fall sein. Im restlichen Gebiet hätte A1TA vielmehr erhebliche wirtschaftliche Anreize, das Vorleistungsangebot einzustellen und dadurch seine dominante Position auszunutzen. Der Ansatz der Amtsgutachter würde daher im Ergebnis bewirken, dass ein Vorleistungsangebot am nicht

⁵ Vgl. ebd., S. 5-6 und 61.

⁶ Vgl. ebd., S. 61.

regulierungsbedürftigen Markt aufrechterhalten wird, während es für den regulierungsbedürftigen Markt eingestellt wird. Dies kann nicht im Sinne der Wettbewerbsregulierung sein.

Auch die Amtsgutachter erkennen die Möglichkeit, dass A1TA in Zukunft den Zugang zu Vorleistungsprodukten einstellen oder verschlechtern könnte und schlagen darauf basierend eine genaue Marktbeobachtung vor, welche ggf. zu einer neuerlichen Marktanalyse gem. § 87 TKG 2021 führen kann.⁷ Die ISPA gibt hier zu bedenken, dass sich ein solches Marktanalyseverfahren – wie man auch am Beispiel des Verfahrens M1.1/20 erkennt – ohne weiteres über mehrere Jahre erstrecken kann. Insbesondere wenn A1TA den Zugang nicht vollständig einstellt, sondern zu noch schlechteren Bedingungen anbietet, ist aufgrund der notwendigen Komplexität des Verfahrens (Gutachten, Konsultationen etc.) eine erhebliche Verfahrensdauer vorprogrammiert. Selbst wenn die Regulierungsbehörde am Ende eines solchen Marktanalyseverfahrens A1TA (erneut) zum Zugang zu Vorleistungsprodukten verpflichtet, käme dies für die überwiegende Mehrzahl der ANB zu spät, weil diese dann bereits vom Markt ausgeschieden wären und realistischerweise nicht zu erwarten ist, dass diese im Fall einer neuerlichen Regulierung ihren Geschäftsbetrieb wieder aufnehmen. Diese Gefahr droht auch im Fall einer Verfahrensstraffung von Seiten der Regulierungsbehörde, weil es sich bei den betroffenen ANB überwiegend um kleine Unternehmen handelt, die nicht über die notwendigen Mittel für ein „Durchtauchen“ derartiger Perioden verfügen.

Die im Gutachten angedeutete „Drohkulisse“ eines potenziellen neuerlichen Marktanalyseverfahrens ist daher weitgehend irrelevant, weil A1TA an dessen Ende selbst im Fall einer neuerlichen weitgehenden Regulierung einen Vorteil hätte, wenn dadurch weniger Konkurrenten am Markt verblieben sind und in der Zwischenzeit deren Kunden übernommen werden konnten.

Die ISPA fordert die Regulierungsbehörde dazu auf, das Verhalten von A1TA nicht anhand von unverbindlichen Absichtserklärungen zu prognostizieren, sondern daran, was für A1TA rechtlich möglich und wirtschaftlich vorteilhaft ist. Aufgrund der fehlenden Wettbewerbsdynamik ist es nach Ansicht der ISPA absehbar, dass A1TA im Falle einer Abkehr von Regulierungsmaßnahmen zukünftig den Zugang zu Vorleistungsprodukten zumindest teilweise einschränken wird. Dies muss nicht eine komplette Zugangsverweigerung bedeuten, sondern kann auch in einer bloßen Verschlechterung der Zugangsbedingungen bestehen. Der Abschluss der Vereinbarungen auf fünf Jahre ohne Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung bietet hier lediglich für jene ANB eine gewisse Sicherheit, welche diese Verträge bereits abgeschlossen haben, hält aber A1TA nicht davon ab, bei der Auswahl der Vertragspartner selektiv vorzugehen. Dem kann nur durch ein reguliertes Standardangebot in diesen Teilmärkten vorgebeugt werden. Ansonsten droht für einen erheblichen Zeitraum die Einzementierung der Marktmacht von A1TA zum Nachteil der Endkunden.

Eine weitere unverbindliche Zusage von A1TA, auf welche die ANB keinen Rechtsanspruch haben, betreffen die Übernahme von Kollokations-Rückbaukosten iHv 25% und wird an späterer Stelle (siehe Punkt 3.3 dieser Stellungnahme) behandelt.

⁷ Vgl. ebd., S. 62.

1.4 Kein bundesweiter Zugang gewährleistet

Laut dem Vorbringen von A1TA ist zukünftig auch eine Unterzeichnung einzelner Verträge möglich, d.h. die kommerziellen Vereinbarungen vULL 2.0 und VHCN (Einzel- und Poollösung) sind nicht mehr aneinandergekoppelt. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen, wenngleich es sich hierbei lediglich um eine einseitige Zusage von A1TA handelt. Aufgrund der Abschlussfreiheit im Rahmen der Privatautonomie erwächst keinem ANB gegen den Willen von A1TA ein Recht auf Unterzeichnung nur einer (bzw. beider, siehe Punkt 1.3 dieser Stellungnahme) dieser kommerziellen Vereinbarungen.

Selbst unter Annahme der Möglichkeit einer getrennten Vertragsunterzeichnung sind die kommerziellen Vereinbarungen inhaltlich aneinandergekoppelt. ANB erhalten im Falle einer gesonderten Unterzeichnung von vULL 2.0 ohne gleichzeitige Unterzeichnung eines der beiden VHCN-Abkommen de facto keinen bundesweiten Zugang auf Vorleistungsebene, weil sukzessive größer werdende geographische Gebiete (die jeweiligen VHCN-Ausbauprojekte) aus dem Anwendungsbereich von vULL 2.0 ausgenommen sind. Ein wesentlicher Grund, der die ANB neben den schlechten Entgelt- und Nachbildbarkeitsbestimmungen von einer Unterzeichnung des VHCN-Abkommens abhält, ist im Wesentlichen die bereits in der ISPA-Stellungnahme vom 18.3.2022 kritisierte und nach wie vor äußerst unklar und weitreichend formulierte Reziprozitätsklausel (siehe dort Punkt 3.8), an welcher in der gegenwärtigen Form der Verträge nur unwesentlich nachgebessert wurde.

Wenn die Amtsgutachter daher auf die von Magenta (ON 066) geäußerte Kritik an dieser Reziprozitätsklausel des VHCN-Abkommens dahingehend eingehen, dass vULL 2.0 auch gesondert unterzeichnet werden könne, ist dem zu entgegnen, dass den ANB in diesem Fall gerade kein bundesweiter Zugang gewährleistet ist – wodurch es zu einer erheblichen Schlechterstellung gegenüber den im Gutachten vom 08 März 2021 vorgesehenen Zugangspflichten kommen würde. Die Kritik von Magenta an der Reziprozitätsklausel sollte daher ernst genommen und erneut gutachterlich behandelt werden.

2. Zum gewählten Verfahrensgang (Drei-Kriterien-Test)

2.1 Einleitung

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei dem im Rahmen dieses Verfahrens zu beurteilenden „Vorleistungsmarkt für den an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang“ gemäß der aktuellen Märkteempfehlung der EU-Kommission um einen Markt handelt, bei welchem die EU-Kommission grundsätzlich Bedarf für eine Vorabregulierung sieht.⁸ Sofern eine nationale Regulierungsbehörde ausnahmsweise aufgrund der besonderen nationalen Gegebenheiten davon

⁸ Empfehlung (EU) 2020/2245 der Kommission vom 18. Dezember 2020 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die gemäß der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation für eine Vorabregulierung in Betracht kommen Annex I
Ibid. Rz 2

abgehen möchte, müsste sie nachweisen, dass mindestens eines der drei in Art 67 Abs. 1 EECC genannten Kriterien nicht erfüllt ist (3-Kriterien-Test).

Im Rahmen des zur ON 71 eingebrachten Ergänzungsgutachtens kommen die Amtsgutachter nun zu dem Ergebnis, dass das zweite Kriterium des 3-Kriterien-Tests aufgrund der von A1TA zur ON 68 vorgelegten Vereinbarungen nicht mehr erfüllt sei. Das zweite Kriterium betrifft die Frage, ob ein Markt angesichts des Standes und der Aussichten des infrastrukturgestützten und sonstigen Wettbewerbs hinter den Zutrittsschranken innerhalb des relevanten Zeitraums strukturell zu einem wirksamen Wettbewerb tendiert. Voraussetzung ist also, dass die Wettbewerbsdynamik auf den relevanten Märkten selbst bereits für einen ausreichend wirksamen Wettbewerb sorgt.

Bei der Analyse ist weiterhin von den im Rahmen des Gutachtens vom 08.03.2021 festgestellten Märkten – einem bundesweiten Markt für Geschäftskundenprodukte sowie einem geografisch eingegrenzten Markt für Privatkundenprodukte – auszugehen, da sich an den von den Gutachtern selbst aufgestellten Kriterien zu deren Abgrenzung – der Anzahl der unabhängigen Netze, der alternativen Festnetze sowie dem Marktanteil der A1TA – nichts geändert hat. Dies ist auch im Einklang mit ErwGR 35 der Märkteempfehlung, welche die Regulierungsbehörde bei Anwendung des 3-Kriterien-Tests zu einer geografischen differenzierten Analyse verpflichtet. Entscheidend ist daher, ob die von A1TA vorgelegten Verträge ausreichender Beweis dafür sind, dass der bundesweite Markt für Geschäftskundenprodukte sowie der Markt für Privatkundenprodukte in Gebiet 2 strukturell zu einem wirksamen Wettbewerb tendiert.

2.2 Zur Vorlage der kommerziellen Vereinbarungen durch A1TA

Zwar wird auch in Erwägungsgrund 15 der EU-Märkteempfehlung betont, dass sofern interessierten Unternehmen Zugang zu Vorleistungsprodukten zu wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen angeboten wird, die wettbewerblich tragfähige Ergebnisse für die Endnutzer auf den Endkundenmärkten ermöglichen, dies am Ende dazu beitragen kann, dass keine ex-ante Regulierungsaufgaben auf dem jeweiligen Markt erforderlich sind. Jedoch ist dies lediglich ein Teilaspekt, der zusammen mit anderen Faktoren analysiert werden muss. Keinesfalls folgt aus der Märkteempfehlung, dass das Vorliegen einer solchen Vereinbarung für sich genommen umgehend dazu führt, dass der Vorleistungsmarkt nicht mehr regulierungsbedürftig wäre.

Insbesondere müssen entsprechende Vereinbarungen ein Beleg für die vorhandene Wettbewerbsdynamik sein, und daher aus dieser heraus entstanden sein. Wie sich in weiterer Folge zeigen wird, hat in diesem Fall jedoch nicht die Wettbewerbsdynamik, sondern die angedrohte Regulierung, dazu geführt, dass A1TA die eingereichten Verträge verfasst hat und damit auf einen Teil der Anbieter zugegangen ist. Daher können sie für sich genommen keinen Beweis für ausreichend Wettbewerb am relevanten Vorleistungsmarkt darstellen. Auch im EECC selbst wird explizit darauf Bezug genommen, dass bei der Analyse solcher Vereinbarungen stets berücksichtigt werden sollte, dass auch die Aussicht auf Regulierung – und nicht die Wettbewerbsdynamik – Netzeigentümer dazu bewegen kann, in kommerzielle Verhandlungen zu treten.⁹ Von den

⁹ ErwGr 170 EECC

Gutachtern wird dieser Aspekt zwar erkannt, es wird jedoch dennoch argumentiert, A1TA hätte „jetzt und in Zukunft Interesse daran, die vULL 2.0 und den VHCN-Zugang anzubieten“.

Diese Annahme ist nicht nachvollziehbar. Denn es ist nicht anzunehmen, dass A1TA die Verträge ohne der angedrohten Regulierungsaufgaben von sich aus angeboten hätte. Insbesondere besteht gerade auf den beiden regulierungsbedürftigen Vorleistungsmärkten auf denen A1TA über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, entgegen der Annahmen der Gutachter kein kommerzielles Interesse ein solches Vorleistungsangebot auch in Zukunft weiterhin aufrechtzuerhalten. Denn angesichts der marktbeherrschenden Stellung der A1TA auf diesen Märkten – in zahlreichen Gebieten sind sie sogar der einzige Festnetzanbieter - ist anzunehmen, dass bei Einstellen der Vorleistungsprodukte die Kunden der Vorleistungsbezieher zu A1TA wechseln würden (siehe Punkt 1.3 dieser Stellungnahme). Ein wirtschaftlicher Anreiz für ein Vorleistungsangebot aufgrund der Wettbewerbsstrukturen besteht daher gerade nicht. Da im Fall von Geschäftskundenprodukten selbst die Amtsgutachter davon ausgehen, dass mobile Breitbandprodukte keinen adäquaten Ersatz darstellen, wäre auf diesem Markt in vielen Gebieten ein Angebot der A1TA ohne Vorleistungsangebot sogar gänzlich alternativlos. A1TA hätte also eine Monopolstellung, wodurch ein weiterer Anreiz besteht, gerade dort auf das Vorleistungsangebot zu verzichten.

Auch der Umstand, dass die Amtsgutachter das von A1TA vorgelegte bundesweite Angebot gegen eine (Teil-)regulierung des Marktes abwägen zeigt, dass A1TA dieses Angebot gerade deshalb vorlegt, um einer weiteren Regulierung zu entgehen. Dies wird von A1TA in ihrem Schreiben vom 16.03.2022 auch implizit eingestanden. Würde tatsächlich ein wirtschaftlicher Anreiz zum Abschluss dieser Vereinbarungen bestehen, würden diese unabhängig von weiteren Regulierungsaufgaben angeboten werden. Nur in diesem Fall könnten sie auch tatsächlich als Resultat der vorhandenen Wettbewerbsdynamik betrachtet werden.

Es folgt, dass die vorgelegten kommerziellen Vereinbarungen gerade nicht das Resultat des infrastrukturgestützten bzw. sonstigen Wettbewerbs hinter den Zutrittsschranken sind, sondern vielmehr ausschließlich die angedrohte Regulierung A1TA zum Abschluss dieser Vereinbarungen veranlasst hat. Daher können diese Vereinbarungen aber auch nicht als Nachweis verwendet werden, dass das zweite Kriterium des 3-Kriterien-Tests auf den relevanten Märkten nicht erfüllt ist. Auch dem von den Gutachtern gewählte Argument, wonach sich durch die vorgelegten Verträge „ein Ergebnis einstellt, dass jenem unter wettbewerblichen Bedingungen entspricht“ ist zu entgegnen, dass es bei der Anwendung des 3-Kriterien-Tests gerade nicht auf das Ergebnis ankommt, sondern auf eine in die Zukunft gerichtete Analyse der Marktstrukturen, wobei gerade nicht die angedrohten Regulierungsmaßnahmen berücksichtigt werden dürfen, da diese nicht Teil der Marktstrukturen sind, sondern bereits Marktversagen voraussetzen.

Die vorliegenden kommerziellen Vereinbarungen haben ihren Entstehungsgrund in der Androhung von Regulierungsmaßnahmen, die ihrerseits aufgrund der Feststellung eines Marktversagens erfolgt ist. Wenn nun diese kommerziellen Vereinbarungen in weiterer Folge als Argument gegen die Existenz dieses Marktversagens verwendet werden können, würde dies das Grundkonzept der ex-ante Regulierung erheblich untergraben. Denn in diesem Fall würde sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unter Androhung von Regulierungsaufgaben vertraglich selbst zu Konditionen verpflichten, die – wie unten noch ausgeführt wird – in Teilen für sie sogar vorteilhafter sind, um nicht

nur die angedrohten Regulierungsaufgaben, sondern sogar die marktbeherrschende Stellung selbst abzulegen.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass der Verweis auf Art 58 SMP-Guidelines¹⁰ ebenfalls verfehlt scheint. Denn darin wird der „Abschluss von langfristigen und nachhaltigen Zugangsvereinbarungen“ lediglich als eines von zahlreichen Kriterien zur Beurteilung für das Bestehen beträchtlicher Marktmacht – in diesem Fall in Form eines Oligopols – angeführt, und nicht als Kriterium für ein Absehen von ex-ante Regulierung (Art 87 SMP-Guidelines)

2.3 Zur Unterzeichnung der Vereinbarung durch die Vorleistungsbezieher

Wie die ISPA bereits in ihrem Schriftsatz vom 14. März 2022 (ON 67) im Detail dargelegt hat, sollte auch der Anzahl der unterzeichnenden Unternehmen keine hohe Bedeutung beigemessen werden. Denn auch von Seiten der Vorleistungsbezieher wurden die vorgelegten Verträge nicht aufgrund der vorhandenen Wettbewerbsdynamik unterzeichnet, sondern lediglich in Folge wirtschaftlicher Risikoabwägungen und aufgrund von Druckausübung seitens A1TA. Die ISPA möchte daher in diesem Punkt nochmals vollinhaltlich auf das Vorbringen in Punkt 1.3 der Stellungnahme vom 14. März 2022 verweisen. Es ist daher auch dem Argument der A1TA in ihrem Schriftsatz vom 16.03.2022 (ON 68) entschieden entgegenzutreten, wonach die vorgelegten Verträge im Ergebnis zeigen, dass A1TA die „heterogene Interessenlage der zahlreichen Vorleistungsnehmer in einem fairen Ausgleich bringen wollen und können“. Denn in der Realität hat A1TA mit einem einzigen Vorleistungsbezieher verhandelt, und alle anderen Vertragspartner de facto vor vollendete Tatsachen gestellt. Selbst der größte Vertragspartner konnte jedoch nicht frei verhandeln, sondern stets nur unter dem Druck der A1TA, den Zugang zu ihrer Infrastruktur in Gebiet 1 in Hinkunft zur Gänze einzustellen. Auch auf die ISPA selbst ist A1TA erst sehr spät zugekommen, jedoch bestand zu diesem Zeitpunkt kein Spielraum mehr, um noch signifikante Änderungen an den Vertragskonditionen vorzunehmen.

Da die im Rahmen des Gutachtens vom 08. März 2021 definierten Märkte zudem separat zu analysieren sind, müssten die vorgelegten Vereinbarungen von den Vorleistungsbeziehern gerade aufgrund der auf diesen Märkten vorhandenen Wettbewerbsdynamik abgeschlossen worden sein. Die einzige Motivation der Vorleistungsbezieher in diesen Märkten zum Abschluss der Verträge war bislang jedoch, Zugang zu nicht von der Marktdefinition umfassten Infrastruktur in Gebiet 1 zu erhalten.

Es folgt daher, dass auch aus dem Blickwinkel der Vorleistungsbezieher der Abschluss der Vereinbarungen keinen Nachweis über vorhandene Wettbewerbsstrukturen darstellt.

2.4 Zum Vorgehen auf EU-Ebene

Auch ein Vergleich mit anderen EU-Mitgliedstaaten zeigt, dass in Ländern, in welchen Markt 1 der EU-Märkteempfehlung bislang dereguliert wurde, dies aufgrund von infrastrukturbezogenem Wettbewerb erfolgte, insbesondere durch Kabelnetze, wie dies von den Gutachtern ursprünglich auch für Gebiet 1 argumentiert wurde. Es sind jedoch keine Fälle bekannt, in denen das bloße

¹⁰ Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (2018/C 159/01)

Vorhandensein eines einseitig durch das marktbeherrschende Unternehmen verfassten Vertrags zur kompletten Deregulierung von Markt 1 geführt hat. Vielmehr nimmt auch die EU-Kommission an, dass in allen Ländern, in welchen kein entsprechender infrastrukturbezogener Wettbewerb vorhanden ist, in absehbarer Zeit auch kein effektiver Wettbewerb bestehen wird.¹¹

2.5 Ergebnis

In Summe zeigt sich eindeutig, dass die vorgelegten Verträge zunächst einmal nichts an dem grundsätzlichen Erfordernis einer Vorabregulierung auf den relevanten Vorleistungsmärkten sowie auch an der marktbeherrschenden Stellung der A1TA ändern. Die Regulierungsbehörde wäre daher dazu verpflichtet, dem marktbeherrschenden Unternehmen spezifische Verpflichtungen gemäß § 89 TKG aufzuerlegen, um Wettbewerb auf diesen Märkten zu gewährleisten.

Bereits im Rahmen des EECC wurde jedoch für den vorliegenden Fall, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen aufgrund von angedachten Regulierungsmaßnahmen selbst kommerzielle Vereinbarungen vorlegt, explizit ein eigenes Verfahren in Art 79 EECC geschaffen, das in Österreich in § 98 TKG umgesetzt wurde, welches hier auch zur Anwendung kommen könnte. Sofern sich A1TA daher tatsächlich zu den in den Verträgen enthaltenen Konditionen anstelle der angedachten Regulierungsaufgaben verpflichten möchte, müsste das Unternehmen diese Verträge als kommerzielle Vereinbarungen an die Regulierungsbehörde übermitteln und von dieser gemäß § 98 TKG 2021 geprüft werden. Es ist dabei unerheblich, dass die Vereinbarungen auch den nach Ansicht der Amtsgutachter nicht regulierungsbedürftigen Privatkundenmarkt in Gebiet 1 betreffen, da es der Regulierungsbehörde freisteht, die Verträge lediglich in Bezug auf die regulierungsbedürftigen Märkte zu prüfen.

Ein wesentlicher Unterschied gegenüber dem von den Gutachtern gewählten Wegs ist dabei zum einen, dass die vorgelegten Verträge von der Regulierungsbehörde für verbindlich erklärt werden müssten. Hierdurch würde – anders als durch reine Absichtserklärungen der A1TA – auch tatsächlich Rechtssicherheit geschaffen werden, dass dieses Angebot für eine bestimmte Zeit sämtlichen Nachfragern zur Verfügung gestellt wird.

Noch entscheidender ist jedoch, dass die Regulierungsbehörde gemäß § 98 Abs. 11 TKG die Einhaltung der für bindend erklärten, spezifischen Verpflichtungen zu beobachten, zu überprüfen und zu gewährleisten hat. Der damit verbundene Rechtsschutz hinsichtlich der Einhaltung der vertraglichen Pflichten seitens A1TA stellt einen entscheidenden Unterschied gegenüber der gänzlichen Deregulierung dar. Denn anders als offenbar von den Amtsgutachtern angenommen, bietet § 203 Abs. 3 TKG keine Möglichkeit für Vorleistungsbezieher sich zur Durchsetzung von spezifischen Ansprüchen aus den vorgelegten Verträgen an die Regulierungsbehörde zu wenden, wie dies bislang im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens nach § 205 Abs. 2 TKG möglich war. Vielmehr bietet § 203 Abs. 3 TKG lediglich die Möglichkeit die Regulierungsbehörde zur Streitbeilegung hinsichtlich der Zugangsgewährung an sich anzurufen, nicht jedoch zur Streitbeilegung hinsichtlich spezifischer Pflichten aus dem Vertrag, wie etwa bei Streitfragen in Bezug auf den Kollokationsrückbau. Darüber hinaus ist selbst bei einem Verfahren nach

¹¹ EU-Märkteempfehlung, Explanatory Note S. 51

§ 203 Abs. 3 TKG zu berücksichtigen, dass kein Netzzugang gegen den Willen des Netzbetreibers angeordnet werden kann.¹²

Die weitere von den Gutachtern ins Treffen geführte Rechtsschutzmöglichkeit, wonach die Regulierungsbehörde jederzeit ein neues Marktanalyseverfahren einleiten könnte, an deren Ende ein Regulierungsbescheid erlassen wird, bietet ebenfalls nicht ausreichend Abhilfe. Denn angesichts der zahlreichen Verfahrensschritte und -fristen könnte damit nur mit großem Abstand auf etwaige Vertragsverletzungen seitens A1TA reagiert werden. Am Ende würde Vorleistungsbezieher daher nur der ordentliche Zivilrechtsweg verbleiben, der jedoch gerade für die zahlreichen klein- und mittelgroßen Unternehmen mit einem erheblichen Kostenrisiko verbunden ist.

Die ISPA fordert die Regulierungsbehörde daher dazu auf, das angemessene Verfahren zur Beurteilung der vorgelegten Vereinbarungen zu nutzen und die Verträge erneut auf Basis von § 98 TKG zu prüfen.

3. Inhaltliche Kritik an vULL 2.0

Die ISPA möchte die vorliegende Stellungnahme auch dazu nutzen, um inhaltlich auf die aktuellsten Entwürfe der kommerziellen Vereinbarungen einzugehen.

3.1 Nachbildbarkeit nicht gegeben

Wie bereits in der Stellungnahme der ISPA vom 18.3.2022 ausgeführt, sind die Regelungen zur Nachbildbarkeit das entscheidende Bewertungskriterium, ob die kommerziellen Vereinbarungen mittelfristig ein kompetitives Angebot von ANB ermöglichen. Ohne einen tauglichen Sicherheitsmechanismus wäre es für A1TA problemlos möglich, Mitbewerber durch systematische Preisgestaltung aus dem Markt zu drängen. Die Regelungen zur Nachbildbarkeit sind daher für eine regulatorische Bewertung von vULL 2.0 zentral.

Die ISPA möchte zusätzlich zu ihren bisherigen Ausführungen zum Nachbildbarkeitsregime von vULL 2.0 einige Punkte noch stärker darstellen.

Der Neukunden-Preisindex (Kontrollebene 1) wird anhand der bundesweiten Durchschnittserlöse der Endkunden von A1TA (aufgeteilt auf die jeweiligen Bandbreiten sowie in Business/Residential) errechnet. Aufgrund dieser Methodik ist es für A1TA möglich, den Endkundenpreis für einzelne oder mehrere Bandbreiten regional beschränkt massiv zu senken, ohne, dass sich dies gleichermaßen in einer Absenkung der Vorleistungsentgelte niederschlägt. Auf diese Weise kann A1TA in einzelnen Regionen den tatsächlichen Abschlag zwischen Retailentgelt und entsprechendem Vorleistungsentgelt theoretisch bis auf 25% bzw. € 4,84/ € 6,68 (aufgrund der Kontrollebene 3) absenken. Dadurch hat A1TA die Möglichkeit, regionale Angebote anzusetzen, mit denen dort vertretene ANB nicht mithalten können. Angesichts der zahlreichen regionalen Aktionsangebote der A1TA in den vergangenen Jahren, ist anzunehmen, dass A1TA auch in Zukunft weiterhin in dieser Form Druck auf regionale Anbieter ausüben wird bzw. besteht kein Grund zur Annahme, weshalb

¹² Vgl. Erläuterungen zur Regierungsvorlage: ErlRV 1043 BlgNR XXVII. GP, 58

sich daran etwas ändern sollte. Im Unterschied zu bislang könnten in Zukunft jedoch ANB – mangels entsprechend gesenkter Vorleistungsentgelte – diesen Angeboten wirtschaftlich nicht mehr entgegentreten.

An diesem Beispiel zeigt sich gut, dass es einen bedeutsamen Unterschied macht, ob man die Nachbildbarkeit anhand von individuellen Profilkategorien oder eines allgemeinen Index aus bestimmt. Aus Sicht der ISPA müssen im regulierungsbedürftigen Markt daher die Mindestabschläge von 49,5% (Privatkunden) bzw. 43,2 % (Geschäftskunden) daher bei jedem individuellen Produkt gegeben sein.

Auf Kontrollebene 3 kommt es mit dem geänderten Vorbringen zu einer Neueinführung eines betragslichen Mindestabstands von € 4,84 (für Privatkundenprodukte) bzw. € 6,68 (für Geschäftskundenprodukte), welcher neben den prozentuellen Mindestabstands iHv 25% tritt und der Deckung der variablen Kosten dienen soll. Lediglich im Fall einer massiven Absenkung der A1-Endkundenpreise könnten diese betragslichen Mindestabstände in Einzelfällen relevant werden, weil sich dann durch die Beträge ein 25% übersteigender prozentualer Abschlag ergeben könnte. Gerade gegenüber den zahlreichen ausschließlich regionalen ANBs wäre diese Schranke jedoch wirkungslos, weil im Fall der oben angesprochenen regionalen Aktionen durch A1TA eine bloße Deckung der variablen Kosten nicht ausreichend ist, wenn ein großer Teil oder sogar die gesamte Produktbreite des ANB von einer derartigen Konkurrenzierung betroffen ist. Denn anders als A1TA oder ein bundesweit tätiger ANB können die Gewinne nicht durch Kunden in anderen Regionen lukriert werden.

Dies wäre innerhalb der Spielräume des allgemeinen Wettbewerbsrechts eine realistische Möglichkeit, die im Ergänzungsgutachten nicht behandelt wird. A1TA hätte sich wohl kaum für dieses komplexe und kostenintensive Nachbildbarkeitsregime entschieden (immerhin trägt A1TA die Kosten für die jährliche Überprüfung durch einen Wirtschaftsprüfer, siehe S. 338 des vULL 2.0-Vertrages“), wenn sie darin nicht wirtschaftlich vorteilhafte vertragliche Spielräume erkannt hätte. Die ISPA appelliert daher an die Amtsgutachter, dieses Risiko in ihrer Bewertung der kommerziellen Vereinbarungen ausreichend zu würdigen.

Erschwerend kommt dazu, dass für die ANB die Durchsetzung des bestehenden Nachbildbarkeitsregimes aufgrund der Intransparenz der A1-Endkundenangebote äußerst schwierig ist.

3.2 Neben der technischen Replizierbarkeit muss auch die ökonomische gegeben sein

In die aktuelle Version des vULL 2.0-Abkommens wurde eine Bestimmung aufgenommen, wonach sich A1TA im Falle des Angebots von Festnetz-Breitband-Retailprodukten, welche mit dem derzeitigen VE-Serviceprofilportfolio 2.0 kommerziell nicht nachbildbar sind, zu einer Erweiterung des VE-Serviceportfolio 2.0 unter den Nachbildbarkeitsbestimmungen der Kontrollebene 3 verpflichtet. Daraus ergibt sich, dass die bisherige Beschränkung des VE-Serviceprofilportfolios auf Bandbreiten bis inklusive 337.920 downstream (residential) bzw. 307.200 downstream (business) nicht mehr aufrechterhalten werden kann, weil A1TA zum derzeitigen Stand (12.04.2022)

grundsätzlich sowohl auf Privat- wie auch auf Businesskundenebene höhere Bandbreitenprofile anbietet.

Es ist bemerkenswert, dass A1TA das VE-Serviceportfolio im vULL 2.0-Abkommen nicht um dementsprechende Vorleistungsprofile erweitert hat, wozu sie ja nunmehr verpflichtet wäre. Dann wäre für ANB und nicht zuletzt für die Amtsgutachter klar ersichtlich, zu welchen Preisen (und damit mit welchem Abschlag) A1TA diese höheren Profile auf Vorleistungsebene anbieten möchte. Nachdem bereits das Entgelt für das VE-Standard-Service mit der bisher höchsten Bandbreite im Portfolio (300/30) den für Gebiet 2 auf Privatkundenebene festgestellten Mindestabschlag erheblich unterschreitet¹³ (dies stellt bereits für sich genommen einen Mangel des vULL 2.0-Vertrages dar!), ist zu befürchten, dass die höheren Bandbreitenprofile einen noch niedrigeren realer Abschlag aufweisen, der sich stark dem nach Kontrollebene 3 minimalen Abschlag iHv 25 % annähert.

Die ISPA fordert daher die Amtsgutachter dazu auf, A1TA entweder zu einer Erweiterung des VE-Service-Portfolios um die entsprechenden Vorleistungsprodukte samt -entgelten aufzufordern und das Gutachten dementsprechend anzupassen. Sollte A1TA dieser Aufforderung nicht nachkommen, müsste gutachterlich aus Sicht der ISPA vom worst-case-szenario eines Vorleistungspreises ausgegangen werden, der nicht wesentlich über dem Mindestabschlag iHv 25% laut Kontrollebene 3 liegt und davon ausgehend eine Neubewertung der Entgelte von vULL 2.0 vorgenommen werden.

3.3 Regelung zu den Kollokations-Rückbaukosten unzufriedenstellend

A1TA gibt in ihrem Vorbringen vom 16.03.2022 (ON 68) an, jenen Entbündelungspartnern, die eine Migration ihrer Leitungen und den Rückbau der Kollokationen noch nicht fixiert bzw. geplant haben, eine Kostenbeteiligung für den Rückbau der Kollokationen idHv 25% anzubieten, sofern die Leitungen bis Jahresende 2024 vollständig migriert und die Kollokationsflächen auch vollständig zurückgebaut werden.

Hierzu ist erstens zu bemerken, dass es sich um eine einseitige Zusage von A1TA handelt. Keinem ANB erwächst aus der Unterzeichnung des vULL 2.0-Vertrags ein durchsetzbarer Rechtsanspruch gegen A1TA auf diese Kostenübernahme, wie auch die Gutachter festhalten.¹⁴ In einem gewissen Widerspruch dazu gehen die Gutachter jedoch auf an späterer Stelle¹⁵ dennoch auf die angebotenen 25 % Kostenübernahme ein und stellen fest, dass diese zwar hinter den im Gutachten vom 08.03.2021 vorgeschlagenen 50% zurückbleiben, dies für die wettbewerbliche Beurteilung aber insgesamt nicht ausschlaggebend sei.

Die ISPA fordert erstens, dass diese Zusage integraler Bestandteil des vULL 2.0-Vertrages werden muss. Solange es keine vertragliche Verpflichtung von A1TA gibt, darf diese unverbindliche Absichtserklärung von A1TA überhaupt kein Gewicht in der regulatorischen Bewertung finden und muss demnach so behandelt werden, als hätte sich A1TA zu überhaupt keiner Kostenübernahme verpflichtet.

¹³ Vgl. Hartl/Pisjak/Schramm/Schwarz, *Ergänzungsgutachten Markt für den lokalen und zentralen Zugang* (ON 71), S. 22.

¹⁴ Vgl. ebd., S. 5-6.

¹⁵ Vgl. ebd., S. 40.

Zudem lässt die vage Formulierung der Zusage viele Details offen. Es ist unklar, wann ein Rückbau als noch nicht „fixiert bzw. geplant“ gilt. Kann etwa für alle derzeit noch betriebenen Kollokationen Kostenersatz beantragt werden, auch wenn deren Rückbau schon intern geplant ist? Bezieht sich die Bedingung, dass bis Jahresende 2024 vollständig migriert und die Kollokationsflächen vollständig zurückgebaut sein müssen, auf die einzelne Kollokation für die Kostenersatz begehrt wird oder auf alle Kollokationen des ANB? Derartige Fragen müssten im Rahmen des vULL 2.0-Vertrages detailliert geklärt werden.

Zudem erhält die ISPA von Mitgliedern die Rückmeldung, dass ihnen die vollständige Migration aller Kollokationen und ein Rückbau der Kollokationsflächen bis Ende 2024 nicht möglich ist. Bei der Fortschreitung des beobachteten Trends der sinkenden Nutzung der physischen Entbündelung durch die Amtsgutachter (siehe Abbildung 5 im Ergänzungsgutachten) wird übersehen, dass B2B-Migrationen deutlich aufwändiger sind und entsprechend langsamer vollzogen werden können und sich die derzeitige Geschwindigkeit an ULL – vULL Migrationen aus B2C Umstellungen speist, die erheblich rascher und unkomplizierter vollzogen werden können. Daher ist eine Extrapolation der aktuellen Migrationszahlen dahingehend, dass eine vollständige ULL – vULL Migration bis Ende 2024 möglich wäre, nicht zutreffend. Um die hohe Anzahl an Migrationen überhaupt bewerkstelligen zu können, benötigen ANB teilweise externes Personal und vor allem zusätzliche budgetäre Mittel, wodurch aufgrund des notwendigen Planungsaufwands ein Abschluss aller Migrationen bis Ende 2024 verunmöglicht wird.

Die ISPA fordert daher, dass für die ANB 5 Jahre ab Ende des Marktanalyseverfahrens zur Verfügung stehen, um die Migrationen auf vULL abzuschließen.

Die Migrationen von ULL auf VULL sollten weiters auch serviceneutral möglich sein, d.h. dass ANB nach der Migration in der Lage sein müssen, die gleichen Dienste wie vor der Migration zu erbringen. Insbesondere wird die Einführung eines asymmetrischen VE-Services 16/1 Mbit/s vULL Profils gefordert, um den korrespondierenden ULL-Dienst migrieren zu können. Andererseits sind bei den symmetrischen Bandbreiten höhere Profile notwendig, da ISPA-Mitglieder derzeit Kunden mit Produkten mit einem Profil von 40/40 Mbit/s im Rahmen der physischen Entbündelung anbinden. Den ANB sollten keine Nachteile aus der Migration erwachsen, was zusätzlich zur Kostenneutralität auch eine Serviceneutralität voraussetzt. Alternativ zur Einführung weiterer vULL-Profile wäre eine Lösung auch dadurch möglich, dass ANB die nächsthöheren Profile zum alten ULL-Preis beziehen.

3.4 Verpflichtendes B-DSLAM-Management widerspricht den gutachterlichen Vorgaben

Die ISPA weist erneut darauf hin, dass der vULL 2.0-Vertrag in der aktuellen Form nach wie vor in krasser Abweichung von den Mindeststandards des wirtschaftlichen Gutachtens vom März 2021 eine Pflicht zur Nutzung von B-DSLAM-Management für Business-Profile vorsieht.

A1TA möchte im vULL 2.0 Abkommen, die bereits im November 2020 erstmals vorgeschlagene Unterscheidung in zwei unterschiedliche DSLAM-Management Typen beibehalten, wobei VE-Business-Serviceprofile stets nur gemeinsam mit B-DSLAM Management bestellt werden können.

Möchte ein ANB daher auf einem DSLAM sowohl VE-Business-Services als auch andere VE-Services bestellen, muss er sowohl ein A- als auch B-DSLAM-Management einrichten.

Dadurch entstehen erhebliche Zusatzkosten. Denn nicht nur muss für jeden DSLAM-Management Typ eine separate Verkehrsübergabe eingerichtet und monatlich abgegolten werden, es werden zudem auch die Möglichkeiten zur Überbuchung der DSLAM-Management Bandbreite erheblich erschwert da die Überbuchung nun ebenfalls für jeden DSLAM-Management Typ gesondert erfolgen müsste. Dies benachteiligt wiederum gerade jene kleineren Anbieter, die im Durchschnitt nur wenige Kunden pro DSLAM aufweisen.

Technisch unterscheiden sich die DSLAM-Managements vor allem durch eine unterschiedliche High Priority (HP) Qualität. Dabei fällt auf, dass im Vergleich zum aktuellen Standardangebot, das neue B-DSLAM-Management nun offenbar dem bisherigen A-DSLAM-Management entspricht, da gemäß Pkt. 3.7.1.2 des technischen Handbuchs in Hinkunft 50% der B-DSLAM Management Bandbreite je Standort mit der HP-Qualität gewährleistet sein sollen. Für A-DSLAM Management verringert sich dieser Wert deutlich auf nur mehr 15 %. Nicht nur werden die Entgelte für das DSLAM-Management daher erheblich teurer (siehe dazu noch unten), es verschlechtert sich auch die Qualität der jeweiligen DSLAM-Managements erheblich.

Weder für die Herabstufung der Qualitätslevel noch für die Unterteilung in zwei unterschiedliche DSLAM-Managements existiert eine nachvollziehbare technische Begründung, insbesondere liegt kein Mehraufwand durch die betroffenen VE-Services zugrunde. Auch aus diesem Grund, sowie um dem ANB ausreichen Skalenvorteile zu ermöglichen, haben sich die Amtsgutachter explizit gegen einen Zwang zur Nutzung mehrerer DSLAM-Managements ausgesprochen.¹⁶

Das vorgelegte vULL 2.0 Abkommen widerspricht daher in diesem Punkt deutlich den im wirtschaftlichen Gutachten festgelegten Zugangsverpflichtungen und sollte daher entsprechend abgeändert werden.

3.5 Bestandskunden-Freeze ist nachteilig geregelt

Auch wenn die ISPA grundsätzlich begrüßt, dass es anders als ursprünglich von A1TA beabsichtigt zu keiner automatischen Migration von Bestandskunden auf vULL 2.0 zu einem bestimmten Stichtag kommt, weist die vorgeschlagene Option eines „Bestandskunden-Freeze“ erhebliche Mängel auf, die einen großen Schatten auf deren Vorteile werfen.

Wie auch von den Amtsgutachtern ausgeführt, wird der Bestandskunden-Freeze von A1TA wohl aus technisch-administrativen Gründen dermaßen implementiert, dass durch den ANB für die „eingefrorene“ Anschlüsse einerseits und die vULL 2.0-Anschlüsse andererseits ein eigener Master-User notwendig ist. Da es sich somit um zwei virtuelle Anbieter handelt, ist nach Ansicht von A1TA der Fall einer Migration eines „eingefrorenen“ vULL-Anschlusses auf vULL 2.0 (z.B. aufgrund einer Produktänderung oder nach Ablauf von fünf Jahren) wie ein Anbieterwechsel bzw. eine

¹⁶ Vgl. Hartl/Pisjak/Schramm/Schwarz, *Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 1/20 Markt für den lokalen und zentralen Zugang* (ON 003) S. 123.

Neuherstellung eines Anschlusses zu bewerten, weshalb ein Herstellergeld iHv einmalig € 41,58 an A1TA zu entrichten ist.

Nach Angaben der Amtsgutachter sei jedoch nicht die gesamte Bestandskundenbasis des ANB betroffen, da davon auszugehen ist, dass innerhalb von fünf Jahren ein Teil der Kunden den Anbieter wechselt.¹⁷ Dementsprechend, so scheint die Annahme, muss nicht für 100 % der vom Bestandskunden-Freeze betroffenen Anschlüsse ein Herstellungsentgelt entrichtet werden, sondern nur für einen kleineren Teil, wodurch sich die Belastung für die ANB durch diese nachteilige Regelung verringern würde.

Die ISPA kann diese Ausführungen nicht nachvollziehen. Gerade im Festnetzbereich weisen kleinere ANB und solche, die auf Businesskunden spezialisiert sind, eine äußerst niedrige Abwanderungsquote auf und sind daher von der Pflicht zur Entrichtung eines Herstellergelds durch die Migration stark betroffen, weil entgegen der Annahmen der Amtsgutachter davon auszugehen ist, dass der überwiegende Teil der Bestandskunden spätestens nach 5 Jahren auf vULL 2.0 migriert werden muss. Bereits aufgrund der Tatsache, dass bei Geschäftskunden Vertragsbindungen von 3 – 5 Jahren keine Seltenheit, sondern eher die Regel darstellen, ist offensichtlich, dass innerhalb dieser Zeit die Abwanderungsquote sehr niedrig ist.

Die Amtsgutachter wären dazu aufgefordert, offen zu legen, auf welcher Datenbasis sie von welcher Churn-Rate für die ANB ausgehen, wie diese Abwanderungsquote die Belastung durch das Herstellungsentgelt verändert und wie diese so ermittelte durchschnittliche Belastung die Vorteile des Bestandskunden-Freeze einschränkt. Ein pauschaler Verweis darauf, die Belastung durch das Herstellungsentgelt hätte aufgrund von nicht näher quantifizierter Kundenabwanderung kein Gewicht, ist aus Sicht der ISPA unzureichend.

Zudem scheint diese Gebühr auch an sich unsachgemäß, da die Implementierung des Bestandskunden-Freeze in Form eines zweiten Master-Users lediglich auf technischen Beschränkungen der von A1TA verwendeten Systeme beruht und es sich nicht um eine tatsächliche Neuherstellung handelt.

Zusätzlich zu den Mehrbelastungen durch das Herstellungsentgelt bei der Migration wird aufgrund der erwähnten Umsetzung mit zwei Master-Usern eine separate Verkehrsübergabe mit zusätzlicher Etherlink-Anbindung zur zentralen Verkehrsübergabe notwendig. Dies stellt wiederum gerade für kleine, lokale Anbieter eine erhebliche finanzielle Belastung dar.

Ein weiteres Problem sieht die ISPA darin, dass viele ANB derzeit auf Vorleistungsebene bekannterweise auf Aktionsangebote der A1TA zurückgreifen und vertraglich an eine bestimmte Laufzeit gebunden sind. Im Fall einer vorzeitigen Migration auf vULL 2.0, die etwa aufgrund einer vom Kunden gewünschten Produktänderung (zB Bandbreite) notwendig sein kann, müsste der ANB aufgrund der Anwendung der Regelungen zum Anbieterwechsel das Vorleistungsentgelt für die restliche Laufzeit an A1TA auszubezahlen, wenn der Endkunde zum neuen vULL 2.0 User wechselt.

¹⁷ Vgl. Hartl/Pisjak/Schramm/Schwarz, *Ergänzungsgutachten Markt für den lokalen und zentralen Zugang* (ON 81), S. 18.

Daher stehen die ANB vor der unbefriedigenden Auswahl, ihren Kunden bis zum Ablauf der Bindungsfrist auf Vorleistungsebene keinerlei Produktänderungen anbieten zu können oder aber auf Vorleistungsebene doppelt zu bezahlen. Die ISPA fordert daher, dass A1TA für derartige Fälle im Rahmen der Bestandskunden-Freeze-Option vertraglich ein vorzeitiges Kündigungsrecht für Aktionsangebote oder aber eine „Mitnahme“ der restlichen Vertragslaufzeit in vULL 2.0 vorsieht. Auch der Bezug von Vorleistungsprodukten in Verbindung mit A1-Premiummodems ist an eine bestimmte Mindestvertragsdauer gekoppelt; hier wären analoge Lösungen zu treffen.

Zudem bedürfen die Regelungen im Rahmen der Freeze-Regelung, was als „Änderung“ gilt, einiger Klarstellungen. So muss es möglich sein, im Fall eines Kundenwechsels die DSLAM-Management-Bandbreite auf eine nach der neuen Situation am DSLAM angepasste zweckmäßige Dimension anzupassen, ohne dass hierfür eine Migration aller Anschlüsse auf vULL 2.0 notwendig wäre. Denn ansonsten würden ANB im Fall des Wegfalls eines einzelnen Anschlusses von einem DSLAM (zB aufgrund von Kündigung) vor der unbefriedigenden Auswahl stehen, entweder ein überdimensioniertes und dadurch teureres DSLAM-Management in Kauf nehmen zu müssen, das die restlichen Anschlüsse im schlimmsten Fall unrentabel macht, oder alternativ die restlichen Anschlüsse auf vULL 2.0 zu migrieren und dadurch Herstellungsentgelte entrichten und auf die Vorteile der eingefrorenen Konditionen verzichten zu müssen. Daher müssen Änderungen der DSLAM-Management-Bandbreite für den Fall, dass ein Anschluss wegfällt (durch Anbieterwechsel, Kündigung oder Wechsel auf vULL 2.0) nach wie vor möglich sein, ohne dass dadurch eine Migration sämtlicher Anschlüsse auf vULL 2.0 erforderlich wäre. Auch sollte klargestellt werden, dass für DSLAMs, auf denen keine Anschlüsse mehr vorhanden sind, trotz des Freeze keine DSLAM-Management-Gebühren mehr entrichtet werden müssen. Zuletzt muss auch vertraglich klargestellt werden, dass bei einem Wegfall der Funktion „Engineering“ in der Freeze-Lösung auch keine Engineering-Gebühren zu entrichten sind.

3.6 Weitere Kritikpunkte

Die ISPA weist darauf hin, dass die in vULL 2.0 vorgesehenen Entgelte für symmetrische Bandbreiten die Vorgaben des Gutachtens (kostenorientierte Entgelte) stark überschreiten. Dass diese Entgelte im Vergleich zu den bisherigen Entgelten der vULL sinken, wie von den Gutachtern angeführt, kann für eine regulatorische Betrachtung nicht relevant sein. Denn die Bewertung hat sich ausschließlich an den Feststellungen aus dem laufenden Marktanalyseverfahren zu orientieren, um zu analysieren, ob die von A1TA eingebrachten Verträge den von den Gutachtern angedachten Regulierungsaufgaben entsprechen, wie dies auch hinsichtlich der Entgelte für asymmetrische Bandbreiten durchgeführt wurde. Zu recht sind die Amtsgutachter zu dem Ergebnis gekommen, dass A1TA aufgrund der mangelnden Konkurrenz im Geschäftskundensektor kostenorientierte Vorleistungsentgelte für symmetrische Bandbreiten festzusetzen hat, für deren Berechnung sogar ein eigenes umfassendes Gutachten erstellt wurde.¹⁸ Es erscheint absolut unverständlich, weshalb die Gutachter entgegen ihrer eigenen Aussagen gänzlich von dieser Forderung abkommen, und die

¹⁸ Wirtschaftliches Gutachten zu Kosten im Zugangsnetz Teilgutachten zum Wirtschaftlichen Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 1/20 Markt für den lokalen und zentralen Zugang

vorgelegten Entgelte für symmetrische Bandbreite nicht nach den Kriterien für kostenorientierte Entgelte prüfen.

Auch zur Aussage der Amtsgutachter, wonach die potenziellen Auswirkungen auf den Wettbewerb aufgrund der niedrigen Nachfrage nach symmetrischen Bandbreiten gering sind, merkt die ISPA an, dass symmetrische Bandbreiten im Portfolio von einzelnen, auf Geschäftskunden spezialisierter ANB einen durchaus erheblichen Anteil ausmachen können.

Die ISPA kritisiert weiters, dass der vULL 2.0-Vertrag Technologien wie VDSL-Bonding nur in Verbindung mit den teureren Business-Serviceprofilen und B-DSLAM-Management-Entgelt ermöglicht. Aus Sicht der ISPA ist das entsprechende höhere Entgelt sachlich nicht gerechtfertigt, weil diese Technologien bereits länger am Markt verfügbar sind und für A1TA dementsprechend keine neuen Investitionen notwendig sind.

4. Inhaltliche Kritik am VHCN-Abkommen (Einzel- und Poollösung)

Bei den VHCN-Verträgen (Einzel- und Poollösung) wurden im Vergleich zu den im Dezember 2021 von A1TA eingebrachten Vertragsentwürfen nur minimale Änderungen vorgenommen. Die Kritikpunkte der ISPA-Stellungnahme vom 18.03.2022 bleiben daher aufrecht.

Die ISPA begrüßt, dass die Amtsgutachter ebenfalls davon ausgehen, dass für die überwiegende Mehrzahl der ANB lediglich die unrabattierte Einzelzugangslösung in Frage kommt und bezweifeln, dass Betreiber ohne Rabatte profitabel in den neu errichteten VHCN-Gebieten anbieten können.¹⁹ Es ist umso unverständlicher, dass daraus nicht der einzig logische Schluss gezogen wird, dass die VHCN-Verträge nicht in der Lage sind, ausreichenden Wettbewerb zu gewährleisten und daher keinen adäquaten Ersatz für regulatorische Instrumente darstellen können.

Die Regulierungsbehörde sollte in ihrer Entscheidung insbesondere berücksichtigen, dass es durch die Aufteilung der kommerziellen Vereinbarungen in vULL 2.0 und VHCN-Vertrag mit fortschreitendem VHCN-Ausbau zu einer sukzessiven Verringerung des geographischen Anwendungsbereichs des vULL 2.0-Vertrags kommen wird, und die Bedeutung des VHCN-Vertrags auch für reine Zugangsnachfrager zunehmen wird. Die Gutachter selbst gehen davon aus, dass lediglich der größte Zugangsnachfrager basierend auf den im VHCN Vertrag enthaltenen Kriterien wirtschaftlich, zu kompetitiven Preisen am Markt anbieten kann. Im Umkehrschluss wird die überwiegende Mehrzahl der ANB de facto vom Zugang in diesen Gebieten ausgeschlossen bzw. vom Markt verdrängt.

Dass der Zugang zu FTTH/B-Infrastruktur, welche während der Gebäudeerrichtungsphase verlegt wird („Neubauten“), in der VHCN-Einzellösung (anders als in der Poollösung) ebenfalls nicht enthalten ist, stellt einen zusätzlichen weißen Fleck in der Landkarte für Vorleistungsnachfrager dar, der nach Ansicht der ISPA im Ergänzungsgutachten nicht ausreichend gewürdigt wird.

¹⁹ Vgl. Hartl/Pisjak/Schramm/Schwarz, *Ergänzungsgutachten Markt für den lokalen und zentralen Zugang* (ON 71), S. 49.

Vielmehr wird in der gutachterlichen Bewertung zunächst auf politische Zielsetzungen im Bereich des Breitbandausbaus und die dafür in Österreich vorliegenden schwierigen Bedingungen eingegangen. Grundlage der Bewertung der kommerziellen Vereinbarungen ist aber lediglich, ob vULL 2.0 und VHCN-Abkommen dauerhaft effektiven Wettbewerb auf den nachgelagerten Endkundenmärkten ermöglichen, d.h. ob sie zumindest gleichwertig mit den in den bisherigen wirtschaftlichen Gutachten vorgeschlagenen Regulierungsinstrumenten sind. Die von den Amtsgutachtern zitierten und offensichtlich ebenfalls in die Bewertung miteinbezogenen politischen Ziele der Bundesregierung und der Europäischen Kommission im Bereich des Breitbandausbaus²⁰ sind daher weder von Bedeutung für die regulatorische Bewertung noch vom Gutachtensauftrag umfasst. Der im Ergänzungsgutachten zitierte § 1 Abs 2 TKG 2021 legt lediglich allgemeine Ziele bei der Vollziehung des TKG 2021 fest und enthält nach Ansicht der ISPA keine Ermächtigung, zugunsten der Förderung des Breitbandausbaus von den klaren und unmissverständlichen Vorgaben des 8. Abschnitts „Wettbewerbsregulierung“ im TKG 2021 abzuweichen.

Anders als bei den detaillierteren Ausführungen zu vULL 2.0 geht die gutachterliche Bewertung lediglich auf etwas mehr als zwei DIN-A4-Seiten auf die wettbewerblichen Auswirkungen der VHCN-Verträge ein, was angesichts des Umfangs von fast 200 Seiten pro VHCN-Vertrag doch erstaunt. Dabei kommt es teilweise zu aus Sicht der ISPA nicht nachvollziehbaren Annahmen, wie etwa, dass Großabnehmer von stark rabattierten VHCN-Zugängen künftig auch auf Vorleistungsebene tätig sein könnten. Aus Sicht der ISPA ist diese Annahme aber viel zu spekulativ, um in die regulatorische Bewertung Eingang zu finden. Weiters wird etwa angenommen, dass in manchen Ausbaugebieten zumindest teilweise andere Festnetze (zB CATV oder FTTH) und damit zusätzliche Wettbewerber existieren könnten. Hier ist nach Ansicht der ISPA hinterfragenswert, ob A1TA die VHCN-Ausbauprojekte typischerweise in Gebiete legen wird, in denen es bereits ein paralleles Hochgeschwindigkeits-Festnetz und damit starke Konkurrenz gibt. Auch der Vergleich von Mobilfunknetzen mit VHCN-Infrastruktur erscheint gewagt. Insgesamt scheinen die knappen Ausführungen der Gutachter aus Sicht der ISPA nicht dazu geeignet, die Kritik an diesem Abkommen zu zerstreuen. Vielmehr ist durch den VHCN-Vertrag zu befürchten, dass es im zeitlichen Verlauf zu einer zunehmenden Einengung der Anbieterlandschaft und den damit verbundenen negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb kommt.

Die ISPA hofft auf die Berücksichtigung ihrer Bedenken und Anregungen.

Für Rückfragen und weitere Auskünfte stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

ISPA – Internet Service Providers Austria

²⁰ Vgl. ebd., S. 52.

Die ISPA – Internet Service Providers Austria – ist der Dachverband der österreichischen Internet Service-Anbieter und wurde im Jahr 1997 als eingetragener Verein gegründet. Ziel des Verbandes ist die Förderung des Internets in Österreich und die Unterstützung der Anliegen und Interessen von über 200 Mitgliedern gegenüber Regierung, Behörden und anderen Institutionen, Verbänden und Gremien. Die ISPA vertritt Mitglieder aus Bereichen wie Access, Content und Services und fördert die Kommunikation der Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmer untereinander.